

Das open-price-System und § 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen

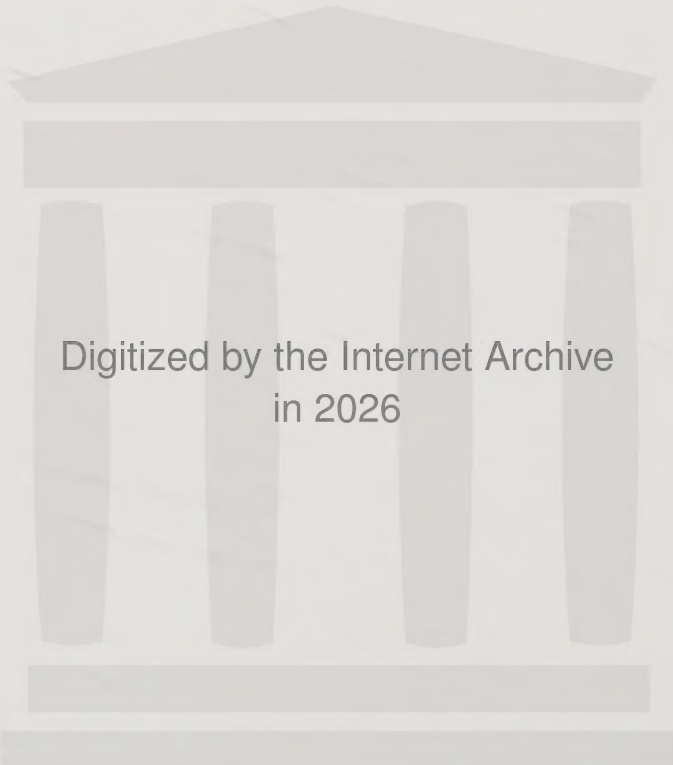
Dissertation,
vorgelegt der Rechts-
und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Johannes Gutenberg-Universität
zu Mainz

von

Gerichtsassessor
Heinrich Maul
aus Karlsruhe

1963

Mainz 1964



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Das open-price-System und § 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen

Dissertation,
vorgelegt der Rechts-
und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Johannes Gutenberg-Universität
zu Mainz

von

Gerichtsassessor
Heinrich Maul
aus Karlsruhe

Mainz 1964

1. Berichterstatter: Prof. Dr. Bartholomeyczik
2. Berichterstatter: Prof. Dr. Zöllner

Tag der mündlichen Prüfung: 26. Juli 1963



Meinen Eltern gewidmet

LITERATURVERZEICHNIS

- | | |
|-----------------|---|
| Abbott | Lawrence Abbott, Qualität und Wettbewerb, 1958, München. |
| Axster | Herbert Axster, Das Oligopol im GWB in DB 1957 / 937 ff. |
| Bartholomeyczik | Horst Bartholomeyczik in Müller-Henneberg. Schwartz, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Kommentar (Gem. -Komm.) 1958, Köln-Berlin. |
| Bayer | Wilhelm F. Bayer, Das Privatrecht der Montanunion in Rabels Zeitschrift 1952 / 325 ff. |
| Begründung | Begründung zu dem Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen. Nach Anlage I zu Bundestagsdrucksache 1158. Abgedruckt in Gem. Komm., Seite 1057. |
| Behrens | Friedrich-Stephan Behrens, Das open-price-System; Systematik und rechtliche Beurteilung nach dem GWB in WRP, 1958 / 105 ff. |
| Behrens | Friedrich-Stephan Behrens, Der Wettbewerbsbegriff des GWB in NJW 1958 / 481 ff. |
| Behrens | Friedrich-Stephan Behrens, Zur Zulässigkeit des open-price-Systems nach dem GWB in WRP 1960 / 5 ff. |
| Benisch | Werner Benisch, Einkaufsverbände und Kartellgesetz in Festschrift für Rudolf Isay, 1956, Köln - Berlin. |
| Benisch | Werner Benisch, Die unverbindliche Abstimmung unter dem GWB in DB 1957 / 789 ff. |
| Benisch | Werner Benisch, Kartellrechtliche Grenzen des Gemeinschaftsvertriebes in WuW 1958 / 269 ff. |
| Benisch | Werner Benisch, Kartellverbot und konformes Marktverhalten in DB 1959 / 451 ff. |
| Benisch | Werner Benisch, Beschränkungen des Nachfragewettbewerbs in WuW 1960 / 842 ff. |

- Benisch Werner Benisch, Anmerkung zum Beschluß des Bundesgerichts zum Kohlenplatzhandelsfall in WuW/E/BGH 373 ff.
- Benisch Werner Benisch, Kartellrecht und Schutz der individuellen Freiheit in WuW 1961 / 764 ff.
- Benkendorff Gerhard Benkendorff, Das gemeinschaftliche Unternehmen in WuW 1952 / 414 ff.
- Bericht des wipol. Ausschuß Schriftlicher Bericht des Ausschusses für Wirtschaftspolitik des Bundestages: II. Teil: Kartellverträge und Kartellbeschlüsse (Abg. Kurlbaum); abgedruckt in Gem.Komm., Seite 1156.
- Bieling Franz Bieling, Das Verhältnis von Kartellen und Genossenschaften, 1953, Marburg.
- Brugger Gustav Brugger, Zur Auslegung des §1 GWB in WuW 1959 / 467 ff.
- Borchardt-Fikentscher Knut Borchardt, Wolfgang Fikentscher, Wettbewerb, Wettbewerbsbeschränkung, Marktbeherrschung. 24. Heft der Abhandlungen aus dem ges. Handelsrecht, Bürgerlichen Recht und Konkursrecht, 1957, Stuttgart.
- Carell Erich Carell, Allgemeine Volkswirtschaftslehre, 7. Aufl., 1956, Heidelberg.
- Clark John M. Clark, Toward a Concept of workable Competition in The American Economic Review 1940 / 243 ff.
- Deringer Arved Deringer, Rationalisierungskartelle im GWB in WuW 1958 / 3 ff.
- Deringer Arved Deringer, Anmerkung zum Kohlenplatzhandelsfall in BB 1960 / 343 ff.
- Deringer u. Tessin Arved Deringer und Claus Tessin, Die Grenzen der Zulässigkeit von Preismeldestellen in DB 1963 / 19 ff.
- Dörinkel Wolfram Dörinkel, Wettbewerbsregeln in der Praxis in WuW 1960 / 593 ff.

- Enneccerus-Nipperdey Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil, 2. Halbband, 15. Aufl., 1960, Tübingen
- Enneccerus-Lehmann Enneccerus-Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse, 15. Aufl., 1958, Tübingen
- Eucken Walter Eucken, Grundlagen der Nationalökonomie, 5. Aufl., 1947, Godesberg.
- Ewald Heinz Ewald, Sind Einkaufsgenossenschaften Kartelle? in WuW 1956 / 253 ff.
- Ewald Heinz Ewald, Aus der Praxis des Bundeskartellamtes in WRP 1959 / 131 ff.
- Ewald Heinz Ewald, Der Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes über das Jahr 1960 in WRP 1961/171 ff.
- Fikentscher Wolfgang Fikentscher, Die neuere Entwicklung des amerikanischen Wettbewerbsrechts und der deutsche Kartellgesetzentwurf in Zeitschrift für das ges. Handelsrecht und Konkursrecht. 117. Bd., 1955 / 1 ff.
- Fikentscher Wolfgang Fikentscher, Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, 1958, München-Berlin.
- Fikentscher Wolfgang Fikentscher, Anmerkung zum BGH-Urteil WuW/E/BGH 359 ff (Glühlampen) in WuW/E/BGH 365 ff.
- Fikentscher Wolfgang Fikentscher, Nachfragemacht und Wettbewerbsbeschränkung in WuW 1960/680 ff.
- Fikentscher Wolfgang Fikentscher, Sonstige Verträge im GWB in Festschrift für Hueck, 1959, München-Berlin, S. 543ff
- Franzen Hans Franzen, Auslegungsregeln im Recht der Wettbewerbsregeln in WuW 1957 / 741 ff.
- Franzen / Boekle Hans Franzen - Hein Boekle, Freiwillige Handelsketten und Kartellrecht in MA 1959 / 11 ff.
- Funke Rudolf Funke, Der Begriff des Kartells nach dem Entwurf eines GWB, Dissertation, Münster 1956.
- Gabriel Siegfried L. Gabriel, Zum Begriff der Wettbewerbsbeschränkung im GWB in MA 1960 / 247 ff.

IV

- | | |
|------------|---|
| v. Gamm | Otto-Friedrich Frh. v. Gamm, Das amerikanische Recht der Wettbewerbsbeschränkungen in WRP 1960 / 87 ff. |
| Gleichmann | Karl Gleichmann, Zur kartellrechtlichen Beurteilung von Nichtdiskriminierungsverträgen in WRP 1959 / 165 ff. |
| Gleiss | Alfred Gleiss, Grenzen der Handlungsfreiheit der Verbände nach Dekartellierungsrecht (Westzonen) in BB 1950 / 494 ff. |
| Gleiss | Alfred Gleiss, Unterlassungsanordnung gegen die Schleifmittelindustrie in NJW 1951 / 549 ff. |
| Griesbach | Bernhard Griesbach, Denaturierte Markttransparenz in DB 1961 / 1621 ff. |
| Günther | Eberhard Günther, Schutz des Leistungswettbewerbs durch Wettbewerbsregeln? in MA 1954 / 346 ff. |
| Günther | Eberhard Günther, Zur Verabschiedung des GWB in BB 1957 / 721 ff. |
| Günther | Eberhard Günther, Einkaufsvereinigungen und Kartellgesetzentwurf in MA 1957 / 35 ff. |
| Günther | Fragen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen. Diskussion mit dem Präsidenten des BKA Dr. Eberhard Günther in Vorträge, gehalten auf der Jahreshauptversammlung des Fachverbandes Stahlblechverarbeitung e.V. 1958. |
| Günther | Eberhard Günther, Zum Wettbewerbsbegriff des § 1 GWB in MA 1959 / 269 ff. |
| Haberkorn | Kurt Haberkorn, Der Kartellbegriff des § 1 GWB in GRUR 1960 / 367 ff. |
| Heath | Heath, Einige wirtschaftliche Konsequenzen . . . in The Economic Journal, The quaterly Journal of the Royal Economic Society, Nr. 179, Vol. XXX, S. 474 ff. |
| Hefermehl | Adolf Baumbach - Wolfgang Hefermehl, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 8. Aufl., 1960 München und Berlin. |

Hoeniger	H. Hoeniger, Die gemischten Verträge in ihren Grundformen, 1910.
Jahresbericht 1958, 1959, 1960	Berichte des Bundeskartellamtes über seine Tätigkeit in den Jahren 1958, 1959, 1960 sowie über Lage und Entwicklung auf seinem Aufgabengebiet. Bundestagsdrucksachen 1000, 1795, 2734.
Isay	Rudolf Isay, Montanunion und Exportkartelle in WuW 1953 / 577 ff.
Kaufmann u. a.	Frankfurter Kommentar. Komm. zum GWB von Kaufmann, Rautmann, Strickrodt u. a., 1958, Köln.
Klaue	Siegfried Klaue, Zwei Jahre Rechtsprechung zum GWB in WuW 1960 / 391 ff.
Klaue	Siegfried Klaue, Wettbewerbsverbot und § 1 GWB in WuW 1961 / 323 ff.
Koenigs	Folkmar Koenigs, Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und das Recht des unlauteren Wettbewerbs unter besonderer Berücksichtigung der Wettbewerbsregeln in GRUR 1958 / 589 ff.
Koenigs	Folkmar Koenigs, Wechselwirkungen zwischen GWB und Recht des unlauteren Wettbewerbs in NJW 1961/1041 ff.
Krahe	Friedrich Krahe, Kartellbegriff und Rechtssicherheit in WuW 1959 / 615 ff.
Krahe	Friedrich Krahe, Empfehlungsverbot und Markttransparenz in WuW 1960 / 477 ff.
Krahe	Friedrich Krahe, Preismeldesysteme in Recht und Praxis in WuW 1961 / 464 ff.
Krawielicki	Robert Krawielicki, Monopolverbot im Schumann-Plan, 1952, Tübingen.
Krusche	Dieter Krusche, Marktverhalten und Wettbewerb. Eine Untersuchung zum GWB, 1961, Berlin.
Langen	Eugen Langen, Kommentar zum Kartellgesetz, 3. Aufl., 1958, Neuwied - Berlin - Darmstadt.
Lehnich	Oswald Lehnich, Die Wettbewerbsbeschränkung, 1956, Köln - Berlin.
Leo	Hans-Christoph Leo, Die Ankündigung von Preisänderungen und die horizontale Preisempfehlung als kartellrechtliche Probleme in Die AG 1960 / 32 ff.

- Leo Hans-Christoph Leo, Anmerkung zum "Kohlenhandelsbeschluß" in Die AG 1960 / 97 ff.
- Lieberknecht Otfried Lieberknecht, Darf ein Zusammenschluß von Verbänden Geschäftsbedingungen empfehlen? in MA 1958 / 231 ff.
- Lohmann Martin Lohmann, Die Preismeldestellen - open-price-associations - in der gewerblichen Marktordnung in Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik, Bd. 146 (1937) / 513 ff.
- Lukes Rudolf Lukes, Der Kartellvertrag, 1959, München und Berlin.
- Lutz Helmuth Lutz, Die Arbeitsgemeinschaft und das GWB in NJW 1960 / 1833 ff.
- Menze Hubert Menze, open-price-System und das GWB in WuW 1958 / 98 ff.
- Menze Hubert Menze, Möglichkeiten unternehmerischer Zusammenarbeit ohne wettbewerbsbeschränkende Bindung, Berlin, 1960.
- Menze Hubert Menze, Zur Diskussion der Markttransparenz in DB 1962 / 341 ff.
- Mestmäcker Ernst-Joachim Mestmäcker, Verbandsstatistiken als Mittel zur Beschränkung und Förderung des Wettbewerbs in den Vereinigten Staaten und Deutschland, Dissertation Frankfurt, 1952.
- Mestmäcker Ernst-Joachim Mestmäcker, Offene Preise, Diskriminierungen und Wettbewerbsbeschränkung in der Montanunion in WuW 1955 / 155 ff.
- Meyer - Cording Ulrich Meyer-Cording, Monopol und Marktbeherrschung als Rechtsprobleme, 1954, Tübingen.
- Möhring Philipp Möhring, Wettbewerbsordnung und Kartellrecht in WuW 1954 / 387 ff.
- Müller - Beilschmidt Hans Müller-Beilschmidt, Wettbewerbsbeschränkung-Marktbeherrschung. Zu der gleichnamigen Abhandlung von Knut Borchardt und Wolfgang Fikentscher in MA 1958 / 657 ff.
- Müller-Gries Heinz Müller, Gerhard Gries, Kommentar zum GWB, 1958, Frankfurt.

- Müller-Henneberg in Gem.Komm. Hans Müller-Henneberg in Müller-Henneberg. Schwartz, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Kommentar, 1958, Köln-Berlin.
- Müller-Henneberg Hans Müller-Henneberg, Zur Auslegung des §6 GWB in WuW 1961 / 309 ff.
- Nelson Milton N. Nelson, The Effect of the open price Associations Activities on Competition and Prices in The American Economic Review 1923 / 258 ff.
- Pinder Wolfgang Pinder, Grundsatzfragen des neuen Bundesrechts für Exportkartelle in WuW 1958 / 570 ff.
- Rasch Harold Rasch, Der Begriff des Oligopols im Kartellgesetzentwurf in WuW 1956 / 3 ff.
- Rasch Harold Rasch, Wettbewerbsbeschränkungen Kartell- und Monopolrecht, 2. Aufl., 1958, Herne - Berlin.
- Rasch Harold Rasch, Kartellvertrag oder Gemeinschaftsunternehmen in WuW 1961 / 79 ff.
- Rautenberg Ingeborg Rautenberg, Grenzen der Unzulässigkeit von Wettbewerbsbeschränkungen in NJW 1959/2238 ff.
- Report Registrar of Restrictive Trading Agreements, Report for the period 1 st January 1960 to 30 th June 1961, S. 2 - 4.
- Reuß Karl-Friedrich Reuß, Die Intensitätsstufen der Abreden und die Gentlemen-Agreements in Archiv für civilistische Praxis, 154. Bd., 1955, Tübingen, S. 485 ff.
- RGRK G. Krüger-Nieland in Reichsgerichtsrätekomm. z. BGB, 3. Teil, 9. Aufl., 1962, Stuttgart.
- Rinck Gerd Rinck, Die Markttransparenz, Ein Rechtfertigungsgrund für vergleichende Werbung und Preismeldesysteme in BB 1962 / 105 ff.
- Röper Burkhardt Röper, Die Konkurrenz und ihre Fehlentwicklungen. Untersuchungen über Störungen der Marktwirtschaft 1952, Bern.
- Rowedder Heinz Rowedder, Das GWB in MDR 1958 / 2 ff.

VIII

- Rüdel A. E. Rüdel, Abschluß der Dekartellierungsverfahren in der Elektroindustrie durch Consent Degree in WuW 1951 / 65 ff.
- Rundbrief Rundbrief des Bundesverbandes der Deutschen Industrie, Abt. Wettbewerbsordnung, betr. Preismeldesysteme, Praxis des BKart. A. v. 7. Febr. 1961.
- Schmitz Werner G. Schmitz, Das GWB und seine Konzeption in NJW 1957 / 1704 ff.
- Schramm Carl Schramm, Verbandliches Kalkulationswesen in WRP 1958 / 101 ff.
- Schwamberger Wolfgang Schwamberger, Legalisierung der Horizontalempfehlung im Anmelde- bzw. Erlaubnisverfahren des GWB in NJW 1959 / 2189 ff.
- Schwenk Edmund H. Schwenk, Der Wandel der Antitrust-Rechtsprechung in den Vereinigten Staaten in WuW 1953 / 515 ff.
- Seydel Helmut Seydel, Empfehlungen nach dem GWB in WRP 1957 / 254 ff.
- Sölter Arno Sölter, Preisdisziplin und Dekartellisierung in DB 1950 / 500 ff.
- Sölter Arno Sölter, Betriebsvergleiche und Dekartellierungsrecht in WuW 1952 / 527 ff.
- Sölter Arno Sölter, Das Rabattkartell. Die wirtschaftlichen und rechtlichen Grundlagen einer Ordnung im Rabattwesen, 1955, Düsseldorf.
- Sölter Arno Sölter, Nachfragemacht und Wettbewerbsordnung, 2. Aufl., 1960, Düsseldorf.
- Soergel-Siebert Schultze-v. Lasaulx in Soergel-Siebert, Komm. z. BGB, 3. Teil, 9. Aufl., 1962, Stuttgart.
- Spengler Albrecht Spengler, Einige Betrachtungen zum Tätigkeitsbericht des BKA für 1959 in WuW 1960 / 755 ff.
- von Stackelberg Heinrich von Stackelberg, Grundlagen der theoretischen Volkswirtschaftslehre, 1948, Bern.
- Tetzner Heinrich Tetzner, Zur Auslegung des Mil. Reg. - Gesetzes Nr. 56 (Am. Zone) in NJW 1952 / 252 ff.

Tosdal	H. R. Tosdal, Open-Price-Associations in The American Economic Review 1917 / 331 ff.
Bericht aus USA	USA: Ein ops wird als Absprache gewertet; Bericht eines Korrespondenten, Mitgeteilt vom BDI.
Westermann	Harry Westermann, Einkaufszusammenschlüsse und Kartellgesetzentwurf, 1956, Karlsruhe.
Withney	Simon N. Withney Competition under secret and open Prices in 3. Econometrica / 40 ff (1935).
Würdinger	Hans Würdinger, Freiheit der persönlichen Entfaltung, Kartell- und Wettbewerbsrecht in WuW 1953 / 721 ff.
Würdinger	Hans Würdinger, Kartellrechtliche Beurteilung von Empfehlungen in der Versicherungswirtschaft in WuW 1958 / 503 ff.

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

AG	:	Die Aktiengesellschaft
BB	:	Der Betriebsberater
BDI	:	Bundesverband der deutschen Industrie
BGH	:	Bundesgerichtshof
BKA	:	Bundeskartellamt
DB	:	Der Betrieb
GRUR	:	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GWB	:	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
MDR	:	Monatsschrift für deutsches Recht
NJW	:	Neue juristische Wochenschrift
ops	:	open - price - system
UWG	:	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
WRP	:	Wettbewerb in Recht und Praxis
WuW	:	Wirtschaft und Wettbewerb
WuW/E	:	Wirtschaft und Wettbewerb, Entscheidungssammlung

Die Namen der als Beispiele angeführten Preismeldeverträge sind vom Verfasser erfunden.

INHALTSVERZEICHNIS

1. Kapitel:

Einleitung und geschichtlicher Überblick	1
§1: Einleitung	1
§2: Die Entstehung und Entwicklung des ops	2
§3: Die Entwicklung auf dem Gebiete des Preismelbewesens in Deutschland	6

2. Kapitel:

Die Darstellung des open-price-Systems	7
§4: Der Aufbau der open-price-Verträge	7
§5: Der Inhalt der open-price-Verträge	9
I. Vorbemerkung	9
II. Die Meldepflichten der Mitglieder	10
III. Die Auskunftserteilungspflicht der Treuhandstelle	16
IV. Regelmäßige Zusammenkünfte	20
§6: Die Erreichung von Marktübersicht durch Anwendung des open-price-Systems	21
I. Markttransparenz	21
II. Abwehr von unlauteren Ausspielungen	24
III. Verhinderung von sittenwidrigen Preisunterbietungen	25
§7: Schwierigkeiten bei der Durchführung des open-price-Systems	25
I. Vorbemerkung	25
II. Zu kleiner Teilnehmerkreis	25
III. Falschmeldungen	26
IV. Schwierigkeiten bei der Auswertung	28
V. Schiedsgerichtsbarkeit	29
§8: Erweiterungen des open-price-Systems	30

3. Kapitel:

Die Auswirkungen der open-price-Verträge auf die Bildung von Angebot und Nachfrage	33
§9: Ausgangspunkt	33
§10: Das open-price-System auf dem oligopolistischen Markt	34
I. Der oligopolistische Markt	34
II. Wettbewerbsfördernde Wirkung des open-price-Systems?	41
III. Statistische Ergebnisse	43

4. Kapitel:

Die Vereinbarkeit des open-price-Systems mit §1 GWB	50
§11: Vorbemerkung	50
§12: Das Tatbestandsmerkmal "Vertrag zu einem gemeinsamen Zweck oder Beschluß einer Vereinigung von Unternehmen"	51
I. Vorbemerkung	51
II. Bindende Abmachungen	51
III. Unverbindliche Abmachungen	57
§13: Die Marktbeeinflussung durch Wettbewerbsbeschränkung	62
I. Vorbemerkung	62
II. Der Begriff der Marktbeeinflussung durch Wettbewerbsbeschränkung	62
III. Ergebnis	77
§14: Der Mißbrauch des open-price-Systems	81
I. Vorbemerkung	81
II. Die tatsächlichen Verhältnisse	81
III. Rechtliche Würdigung	
§15: Schlußbemerkung	83

Kapitel 1

EINLEITUNG UND GESCHICHTLICHER ÜBERBLICK

§ 1: Einleitung.

In den letzten Jahren haben sich in der Bundesrepublik verschiedene Formen einer neuen Art der Zusammenarbeit von Unternehmen entwickelt. Dazu zählt neben freiwilligen Handelsketten, Umsatzmeldestellen, Gütezeichengemeinschaften auch das open-price-System.

Die Ziele dieser Zusammenschlüsse sind aber recht verschieden: Während etwa die freiwilligen Handelsketten günstige Einkaufsmöglichkeiten für ihre Mitglieder schaffen, die Gütezeichengemeinschaften die Werbung fördern sollen, liegt das Ziel des open-price-Systems in der Information der Beteiligten über die Marktverhältnisse: Ein Kreis von Unternehmen, die auf einem bestimmten Markt tätig sind, schließt sich - meist durch Vertrag - zum Zwecke des Informationsaustausches zusammen; der abgeschlossene Vertrag verpflichtet jeden Unternehmer, seine Preise, Geschäftsbedingungen und sonstigen Marktdaten, - meist durch Vermittlung einer neutralen Stelle -, den anderen Mitgliedern offen zu legen.¹⁾

Über die Zulässigkeit einer solchen Zusammenarbeit hat sich, besonders seit dem Inkrafttreten des GWB, eine rege Diskussion entwickelt, ohne daß bisher eine größere Arbeit zu diesem Problem erschienen ist.

Die vorliegende Untersuchung befaßt sich im wesentlichen mit folgenden Fragen:

1. Aufbau der Informationsdienste und Durchführung des Informationsaustausches.
2. Ziele und Erfolge des open-price-Systems.
3. Auswirkungen des Verfahrens auf das Marktgeschehen und Vereinbarkeit der Verträge mit dem GWB; dabei beschränkt sich hier die Untersuchung auf die Prüfung der Vereinbarkeit mit § 1 GWB.²⁾

¹⁾ s. a. Menze, das ops, WuW 58/98

²⁾ Zur Frage der Vereinbarkeit des Verfahrens mit § 38 II 2 GWB siehe Krieger: "Verstoßen open-price-Systeme gegen das Empfehlungsverbot gem. § 38 II GWB?"

§ 2: Die Entstehung und Entwicklung des open-price-Systems.

Das open-price-System als Form der Zusammenarbeit auf wirtschaftlichem Gebiete stammt aus den Vereinigten Staaten von Amerika.¹⁾

Dort sind die ersten Wirtschaftsverbände um 1850 festzustellen. Es handelt sich bei ihnen überwiegend um Kartelle im Sinne der deutschen Terminologie, sog. pools. Die Kartelle gewannen schließlich solchen Einfluß, daß nach Ansicht vieler Amerikaner die Freiheit des einzelnen Bürgers bedroht war. 1890 wurden daher die Kartelle durch den Sherman act ausnahmslos verboten.

Die Industrie, an die von jeher geübte Zusammenarbeit gewöhnt, suchte nach neuen Wegen, diese Zusammenarbeit aufrechtzuerhalten. So versammelte Gary, der Präsident der United Steel Co. die Mitglieder seines Industriezweiges zu den berühmten Gary-dinners und sprach dort mit ihnen über Preise und sonstige Geschäftsbedingungen. Aber auch dieser Weg, der Weg der sog. "Frühstückskartelle" erwies sich auf die Dauer nicht als gangbar: Der Supreme Court erklärte die Gary-dinners für gesetzeswidrig.

Danach kam, zuerst in der Stahl- und Textilindustrie, die Methode auf, sich gegenseitig über die Marktdaten zu unterrichten. Seine theoretische Untermauerung und Propagierung fand das Verfahren in dem im Jahre 1911 von dem Chicagoer Verbandsanwalt Arthur Jerome Eddy veröffentlichtem Buch "The new competition". Eddy hatte seine Tätigkeit in der Eisen-, Stahl-, Textil- und Holzindustrie begonnen, hatte auch Notiz von den Gary-dinners genommen und unternahm nun den Versuch, die von der Industrie auf jeden Fall gewünschte Zusammenarbeit in gesetzmäßige Bahnen zu lenken.

In seinem Buch versucht Eddy, eine neue Theorie des Wettbewerbs herauszuarbeiten. Nach seiner Ansicht liegt das Wesen des Wettbewerbs in dem Element der Kenntnis²⁾ aller Umstände, die für den Ablauf des Wirtschaftslebens von Bedeutung sind. Durch diese Kenntnis

¹⁾Dazu besonders:

Tosdal, The American Economic Review 1917/331 ff;
Mestmäcker, Dissertation; S. 2 ff
Behrens, ops, WRP 1958/105

²⁾Eddy, The new competition, S. 100 zit. nach Nelson, The Am. Economic Rev. 1923/258 (260)

sollte es nach Eddy's Ansicht zu einem neuen Wettbewerb kommen, der sich von dem "alten halsabschneiderischen" Wettbewerb dadurch unterscheidet, daß die Wettbewerber die Marktverhältnisse genau kennen sollten. Pathetisch verkündete er, die Praxis des alten Wettbewerbs sei die Geheimhaltung, die Kraft des neuen das Wissen, das Wesen des alten Wettbewerbs sei Betrug, das des neuen sei die Wahrheit.³⁾

Eddy hat in seiner Schrift auch eine Definition des open-price-Systems gegeben, in der er seine Gedanken nochmals zusammenfaßt:

"Diese Definition entspricht wörtlich dem, was die Worte offene Preise aussagen, nämlich ein Preis, welcher offen auf dem Tisch liegt, den beide, Konkurrenten und Abnehmer kennen, welcher in jeder praktikablen Weise auf jedem Artikel angebracht ist, welcher produziert wurde und der in jeder Preisliste vermerkt ist, welche herausgegeben wurde, ein Preis also, um den herum es kein Geheimnis, keine Ausflüchte und keine Bevorzugung gibt." ⁴⁾

Ob Eddy allerdings wirklich das Ziel hatte, wahren Wettbewerb in der Industrie herzustellen, erscheint zweifelhaft und muß wohl verneint werden. An anderer Stelle hat er gesagt, der Wert seines Systems sei die Verminderung des Wettbewerbs und die Erhöhung der Preise ⁵⁾, Ergebnisse also, die nicht auf einen wettbewerbsfördernden Einfluß des Verfahrens hindeuten. Demgemäß kann bei dem Herkommen Eddy's als Industrieberater und dem Einsetzen seiner Tätigkeit nach dem Erlaß des Kartellverbots angenommen werden, daß es Eddy letztlich darauf ankam, eine Umgehung des gesetzlichen Kartellverbots durch die Einführung der open-price-Arbeit zu erreichen.

Eddys Ideen und Vorschläge fanden bald in der amerikanischen Industrie starken Anklang, während die Kartellbehörden alsbald erste Gedanken anmeldeten. So beanstandete die Federal Trade Commission bereits 1917, daß die gesammelten Daten nur den Mitgliedern, nicht aber der Öffentlichkeit zugänglich gemacht wurden. Dennoch gab es im Jahre 1921 bereits 450 open-price-associations ⁶⁾, deren Tätigkeit sich auf die meisten Industriezweige erstreckte.

³⁾ Eddy, S. 101, zit. nach Mestmäcker, Diss. S. 9

⁴⁾ Eddy, S. 110, zit. nach Behrens, Zulässigkeit, WRP 1960/57

⁵⁾ Eddy, S. 15/16, zit. nach Mestmäcker, Diss. S. 10.

⁶⁾ Lohmann, Jahrbücher für Nationalökonomie u. Statistik 1937/513 (516).

Überragende Bedeutung erlangte das open-price-System schließlich in der Zeit des new-deal. Der National industrial recovery act (NIRA) vom 16.6.1933, Kernstück der die Depression bekämpfenden Maßnahmen, sah zur Wiederbelebung der Wirtschaft den Erlass von codes of fair competition durch die Wirtschaftsverbände vor. Eine der für den Inhalt dieser codes vorgesehenen Maßnahmen war das open-price-System. Diesen codes verlieh die Genehmigung des Präsidenten Gesetzeskraft; sie unterlagen nicht den Antitrust-Gesetzen. Von 709 der anfänglich genehmigten codes sahen 422 offene Preise vor.⁷⁾ Dabei bauten die Unternehmer in weitem Umfang sog. waiting-periods in die open-price-Verträge ein, also die Festlegung einer bestimmten Frist, die jeweils bis zum Inkrafttreten der neu gemeldeten Preise einzuhalten war.

Es kam aber besonders durch die waiting-periods zu Mißständen, da diese dazu ausgenützt wurden, einen Druck auf Unternehmen auszuüben, welche eine Änderung ihrer Preise angekündigt hatten. 1934 wurde von allen Seiten, besonders von kleinen Geschäftsleuten, die Beschuldigung erhoben, das open-price-System und die waiting-periods führten zu einheitlichen und überhöhten Preisen. Darauf einigte man sich im gleichen Jahr auf ein neues Vertragsmuster, das folgendes vorschrieb: Die Beteiligten sollten ihre Preislisten und sonstigen Daten bei einer zentralen Stelle hinterlegen; die Preise sollten mit dem Eintreffen bei der Treuhandstelle wirksam werden; die Daten sollten gegen Unkostenbeteiligung auch Nichtmitgliedern zugeleitet werden und Preiserhöhungen sollten erst 48 Stunden nach der letzten Meldung gestattet sein.

1935 wurde jedoch der NIRA als Grundlage dieser Wirtschaftspolitik für verfassungswidrig erklärt⁸⁾; damit hatte auch die Periode, in der das open-price-System gesetzlich anerkannt war, ein Ende gefunden. Trotzdem ist dieser kurze Zeitabschnitt der gesetzlichen Anerkennung des Informationsverfahrens von großer Bedeutung für die wissenschaftliche Erforschung dieser Erscheinung; fast alle statistischen Daten und sonstigen Ergebnisse über die Auswirkungen des Verfahrens stammen aus dieser Zeit.

In der Folgezeit unterlagen die open-price-Verträge daher wieder den scharfen Antitrust-Gesetzen. Bei deren Anwendung blieb das Ver-

⁷⁾ Lohmann, S. 518.

⁸⁾ Schechter Poultry Co v. US 295 US 495

fahren trotz einer Entscheidung des Supreme Court ⁹⁾, die die Zulässigkeit eines open-price-Vertrages von Fußbodenherstellern bejahte, umstritten.

Gerichte und Verwaltungsbehörden bestanden vor allem darauf, daß nur abgeschlossene Geschäfte gemeldet wurden und daß die Verbände ihre Daten der Händlerschaft und der Öffentlichkeit mitteilten ¹⁰⁾:

So mußten sich erst kürzlich Unternehmer in einem Vergleich mit der Federal Trade Commission verpflichten, ihre Daten vor der Mitteilung an die Mitbewerber der Öffentlichkeit bekanntzugeben ¹¹⁾; ein open-price-Vertrag der American Colum and Lumber Co. wurde 1961 als concerted action verurteilt, da er infolge mangelnder Publizität nachweislich den Markt beeinflußt habe. ¹²⁾

Daneben wurde gegen das open-price-System immer wieder der Vorwurf erhoben, es diene nur dem Zweck, verbotene Preisabsprachen zu ermöglichen. ¹³⁾

⁹⁾Maple Flooring Man. Co. v. US 268 US 563 (582); beide zit. nach Mestmäcker Diss. S. 23, 110; S. a. Schwenk, WuW 53/515 (518)

Im Urteil gegen die Maple Flooring Man. Ass. führt das Gericht u.a. aus: Personen, die sich zusammenschließen, um Informationen in Wirtschaftszei- tungen und statistischen Industrieberichten zu sammeln und zu verbreiten, sind nicht einfach deshalb an einer ungesetzlichen Verschwörung zur Be- schränkung des Handels beteiligt, weil das endgültige Ergebnis dieser Be- mühungen darin bestehen mag, durch ein besseres Verständnis der ökonomi- schen Gesetze und eine allgemeinere Fähigkeit, sich diesen anzupassen, die Preise zu stabilisieren oder die Produktion zu begrenzen. Zit. nach Müller- Grief § 38 Anm. 35 ff.

¹⁰⁾Rinck; BB 1962/105 (108);

¹¹⁾mitg. in Rundschreiben des BDI.

¹²⁾American Column and Lumber Co v. US. 257 US 377 (402), zit. nach Rinck, S. 108;

¹³⁾So etwa Loewinger (The law of free enterprice S. 103, zit. nach Gleiss, Grenzen der Handlungsfreiheit BB 1950/494 (496): "Eine ausgeklügelte Variation der gemeinsamen Preisansetzung ist die Etab- lierung eines zentralen Büros für die Sammlung und Verbreitung von Statisti- ken über eine Branche. Gewöhnlich erfordern die gesammelten Informa- tionen so detaillierte und intime Enthüllungen, daß ein Geschäftsmann nor- malerweise nie daran denken würde, sie einem Konkurrenten mitzuteilen. Als Zweck wird natürlich nie offen angegeben, man wolle den Wettbewerb unterdrücken. Einigen dieser Systeme hat man faktisch den entwaffnenden Namen System des offenen Wettbewerbs gegeben."

Diese Vorwürfe fanden auch in der Rechtsprechung der Vereinigten Staaten Gehör: Die Gerichte sahen teilweise in den open-price-Verträgen ein Indiz für conspiracy.¹⁴⁾

§ 3: Die Entwicklung auf dem Gebiete des Preismeldewesens in Deutschland

In Deutschland erlangte das open-price-System erst nach dem 2. Weltkrieg Bedeutung. Das erklärt sich leicht daraus, daß vor diesem Zeitpunkt Kartelle in Deutschland zugelassen waren, so daß bei der Industrie gar kein Bedürfnis für eine Information durch open-price-Systeme bestand.

Das einzige open-price-System, das in der Zeit vor dem 2. Weltkrieg Bedeutung gewann, war das des Vereins Süddeutscher Baumwollspinnereien¹⁾; dieses verdankte seine Existenz aber allein dem Umstand, daß es nicht gelang, die süddeutschen Baumwollspinnereien zu einem Kartell zusammenzufassen.

Eine Änderung dieses Zustandes trat erst ein, als die alliierte Kartellgesetzgebung sämtliche Kartelle verbot. Damit trat das open-price-System als Ersatz für die verbotenen Kartelle in den Blickpunkt der seit Jahrzehnten an eine Zusammenarbeit gewohnten Industrie. Als bald wurden unter zahlreichen Unternehmensgruppen Informationsdienste vereinbart.²⁾

Die alliierten und später die deutschen Kartellbehörden beanstandeten diese Vereinbarungen in der Regel nicht; jedoch durften die Informationen nicht mit Empfehlungen verbunden werden³⁾; auch die Meldung zukünftiger Preise war untersagt.⁴⁾

¹⁴⁾Withney, *Econometrica* 1935/40 (65);

Urteil in *Sachen Instate Circuit Co v. US* 306 US 208 zit. nach Mestmäcker, Diss. S. 122; Richter Reynolds in seiner abweichenden Stellungnahme zu dem Urteil gegen die *Maple Flooring Manufacturers Ass.* (a. a. O. S. 587 ff): "Mir scheint, gewöhnliche Kenntnis der menschlichen Natur und der treibenden Kraft der Habgier dürften keine ernstlichen Zweifel über das letzte Resultat dieser Vereinbarung erlauben."

¹⁾Mestmäcker Diss. S. 153; S. a. Lehnich S. 30

²⁾Heath, *The economic Journal* 1960 Vole LXX S. 474 berichtet den gleichen Vorgang aus England nach Erlaß des dortigen Kartellgesetzes (1956). Diese Entwicklung wird in einem Bericht des Leiters der brit. Kartellregisterbehörde aus dem Jahre 1961 bestätigt. (S. 2; Ziff. 10)

³⁾So etwa: Dideg Verfahren gegen Installationsindustrie WuW 52/216; Dideg Verfahren gegen Elektroinstallationsindustrie BB 51/851; Bundeswirtschaftsministerium in WuWE/BWM 63; dazu weiter Rüdell, WuW 51/65; Tetzner, NJW 52/252.

⁴⁾Gleiss, Unterlassungsanordnung NJW 51/549.

Kapitel 2

DIE DARSTELLUNG DES OPEN-PRICE-SYSTEMS

§ 4: Der Aufbau der open-price-Verträge.

1. Der open-price-Vertrag muß zunächst der Abwicklung des Informationsaustausches einen organisatorischen Rahmen geben, er muß Bestimmungen darüber enthalten, wie die Informationen ausgetauscht werden sollen.

2. Der einfachste Weg der Durchführung ist der, daß die Beteiligten selbst untereinander die Marktdaten mitteilen. Die Durchführung erfolgt so, daß die Unternehmen vertraglich vereinbaren, daß jede Mitgliedsfirma den anderen Vertragsparteien ihre Preislisten und sonstigen Daten zusendet. Dieser Weg ist jedoch sehr umständlich und daher in der Praxis kaum gebräuchlich. Dem Verfasser ist demgemäß auch nur ein Fall dieser Art bekannt geworden. In diesem Fall hatten sich die beteiligten Unternehmen darauf beschränkt, ihre Preislisten auszutauschen. Bei dieser Beschränkung ist diese einfachste Art eines open-price-Systems freilich durchaus praktikabel.

3. Im Regelfall erfolgt die Durchführung des Informationsverfahrens aber durch eine neutrale Stelle.

a) Diese Art der Abwicklung hat sich allgemein durchgesetzt, da sie einfacher und vor allem zuverlässiger ist als die erste.

Dabei treten als neutrale Stellen entweder Wirtschaftsverbände auf, denen die jeweiligen Unternehmen angehören oder das Verfahren wird durch besondere Treuhandbüros, die ein Rechtsanwalt oder Wirtschaftsprüfer leitet, durchgeführt.

In den Vereinigten Staaten gab es während der Zeit des NIRA auch staatliche Treuhänder, die die Aufgabe der Durchführung wahrnahmen.

In Deutschland werden die meisten open-price-Verträge durch Treuhandbüros betreut; die Art der Durchführung hat gegenüber der Abwicklung durch den Verband den Vorteil, daß etwaige Streitigkeiten der Beteiligten außerhalb des Verbandes bleiben und nicht dessen sonstige Arbeit belasten und erschweren; daneben erscheint bei der Abwicklung durch die Treuhandstelle eine bessere Wahrung der Neutralität gewährleistet.

- b) Damit diese neutralen Stellen die Durchführung übernehmen, sind aber irgendwelche Abmachungen mit ihnen erforderlich.

Diese Vereinbarungen sind, je nachdem wer die Aufgaben der Treuhandstelle übernimmt, verschieden. Bei der Durchführung durch ein Treuhandbüro liegt dem Verfahren regelmäßig ein Vertrag der Beteiligten zu Grunde. Dieser Vertrag kann in der Weise abgeschlossen werden, daß die beteiligten Unternehmen untereinander vertraglich vereinbaren, ein Informationsverfahren durchzuführen und daß dann ein weiterer Vertrag zwischen den vertraglich verbundenen Unternehmen und der Treuhandstelle geschlossen wird, durch welchen diese mit der Durchführung des Verfahrens betraut wird.

Beispiel:

Aluminium ¹⁾ open-price-System.

2a) Die unterzeichneten Firmen führen ein open-price-Abkommen gemäß dem Vertrag, Fassung Juli 1960 durch, der hinsichtlich der darin bezeichneten Aufgaben des Treuhandbüros einen Bestandteil des vorliegenden Vertrages darstellt.

Um durch eine laufende fachrechtliche Betreuung eine sachgemäße Abwicklung des open-price-Abkommens im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen sicherzustellen, wird Herr Dr. N. N. in seiner Eigenschaft als Rechtsanwalt mandatsweise mit der Durchführung in seinem Büro und mit der zugehörigen Beratung der Unterzeichnerfirmen beauftragt.

Eine andere Gestaltungsmöglichkeit ist, daß der Vertrag zwischen den Beteiligten und die Abmachung mit dem Treuhandbüro zu einer Einheit zusammengefaßt werden.

Beispiel:

Baustoff - open-price-System:

- 1) Die Unterzeichneten schließen unter sich und mit dem Treuhänder folgenden Vertrag:

Soll das Verfahren von einem Wirtschaftsverband durchgeführt werden, so kann es auf die Weise eingeführt werden, daß die Mitglieder des Verbandes einen satzungsgemäßen Beschluß über die Einführung fassen und den Verband als Treuhänder bestimmen.

¹⁾ Die Namen sind vom Verfasser erfunden, da die Unterlagen unter der Bedingung zur Verfügung gestellt wurden, Namen nicht zu nennen.

Hier ergeben sich aber dann Schwierigkeiten, wenn der Kreis der teilnahmewilligen Firmen auch andere als Verbandsmitglieder umfaßt.²⁾ Hier bietet sich jedoch als Ausweg an, die Regelung durch Vertrag aller Beteiligten zu treffen und in dem Vertrag den Verband als Treuhänder zu bestimmen.

Beispiel:

Exportpreise - open-price-System:

.... wird, bei Aufrechterhaltung des freien Entscheidungsrechts über die Höhe des Exportpreises, von den unterzeichneten Firmen unter sich und dem Geschäftsführer des Fachverbandes X. - Waren folgender open-price-Vertrag geschlossen:

Schließlich besteht auch die Möglichkeit, daß nicht ein gemeinschaftlicher Vertrag oder Beschluß die Grundlage des Verfahrens bildet, sondern daß jede Firma einen Einzelvertrag mit der Treuhandstelle abschließt, so daß das open-price-System aus einem Bündel von Einzelverträgen besteht.

4. Allen diesen Fällen ist gemeinsam, daß ein Vertrag oder Beschluß die Grundlage für das Informationsverfahren bildet. Daneben kommt es aber auch vor, daß Unternehmen, besonders Mitglieder desselben Wirtschaftsverbandes sich gegenseitig lediglich auf Grund einer seit längerer Zeit eingeführten Gewohnheit Daten, vor allem Preislisten, übermitteln.³⁾

§ 5: Der Inhalt der open-price-Verträge.

I. Vorbemerkung.

Der Vertrag oder Beschluß, der dem Preismeldeverfahren zugrundeliegt, begründet sowohl für die Beteiligten als auch für die Treuhandstelle, - sofern eine solche vorgesehen ist, wovon aber für den Regelfall ausgegangen werden kann -, die Verpflichtung, die zur Erreichung des Vertragszweckes - Vermittlung von Marktinformation - erforderlichen Handlungen durchzuführen.

²⁾ Menze, das ops. S. 98.

³⁾ Ein derartiger Fall wurde dem Verfasser von dem Syndikus eines deutschen Wirtschaftsverbandes mitgeteilt.

Diese Pflicht besteht für die Beteiligten im wesentlichen darin, ihre Daten der Treuhandstelle mitzuteilen; Aufgabe der Treuhandstelle ist es, die gesammelten Daten zu verteilen.

Diese Dokumentations- und Informationspflichten können jedoch je nach der Art der beteiligten Unternehmen recht verschieden sein; besondere Unterschiede bestehen zwischen Verträgen von Produzenten - (serienmäßige Herstellung) und Werkunternehmern - (Einzelfertigung auf Bestellung).

II. Die Meldepflicht der Mitglieder.

1. Produzenten:

- a) Eine allgemeine Regel, welche Marktdaten die Mitglieder der Treuhandstelle einzureichen haben, läßt sich nicht aufstellen. Die Meldepflichten sind vielmehr, je nach Art der hergestellten Ware und nach Umfang der erstrebten Information ganz verschieden ausgestaltet.

Unterschiede ergeben sich besonders aus dem Zeitpunkt, zu dem die Meldung zu erfolgen hat, aus dem Umfang der zu meldenden Daten und aus der Verschiedenheit der einzureichenden Unterlagen. Die genaue Festlegung der Meldepflichten erfolgt daher in jedem Vertrag gesondert.

- b) Die im einzelnen für eine Meldung in Frage kommenden Daten sind äußerst vielfältig.

aa)

Die erste Gruppe umfaßt diejenigen Daten, die sich auf den Verkaufsvorgang beziehen. Diese lassen sich einteilen in die allgemeinen Daten, nämlich Preise, Rabatte, Liefer- und Zahlungsbedingungen und die den Einzelfall betreffenden Daten, nämlich Höhe des erzielten Kaufpreises, Sonderrabatte, Provisionshöhe, Angaben über Werkzeugkostenanteile, genaue Lieferbedingungen.

Beispiele:

Draht - open-price-System:

Die unterzeichneten Firmen verpflichten sich, dem Treuhandbüro bekanntzugeben:

Ihre jeweiligen, dem gesamten Abnehmerkreis gegenüber geltenden Preise, Rabatte und Liefer- und Zahlungsbedingungen.

Aluminium - open-price-System

Zu melden sind:

- a) Datum und Nummer der Kundenanfrage.
- b) Datum der Kundenbestellung, des Geschäftsabschlusses bzw. der Rechnung.
- c) Genaue Bezeichnung der Ware, z. B. Werkstoffbezeichnung nach DIN.
- d) Genaue Menge, d. h. Gewicht und Stückzahl.
- e) Preise für 100, ggf. Staffelpreis.
- f) Angaben über Werkzeugkostenanteile
- g) Angaben über Tages- und Festpreise
- h) Genaue Lieferbedingungen, wie franko Station.
- i) Verpackung; ob berechnet oder frei.
- k) Zahlungsbedingungen.
- l) Liefertermin bzw. Kontraktdauer.
- m) Provisionshöhe.
- n) Umarbeitungsgeschäfte, genaue Beschreibung des Umarbeitungsmaterials.

In diese Gruppe gehört ferner die Mitteilung von Einzelabweichungen von den eingereichten Preislisten sowie die Meldung von nachträglichen Änderungen und Berichtigungen der eingereichten Rechnungen.

Beispiel:

Draht - open-price-System:

Jede im Einzelfall vorgenommene Änderung ihrer Preise, Rabatte sowie Liefer- und Zahlungsbedingungen; ferner die Anerkennung eines vom Abnehmer eigenmächtig vorgenommenen Abzugs. Unter Änderungen sind auch sämtliche Vereinbarungen zu verstehen, durch welche die Preisstellung in unmittelbarer wie auch mittelbarer Art, z. B. nachträgliche Umsatzvergütungen zum Jahresende, Gutschriften, Verrechnungen, Preisnachlässe auf die Lieferung anderer Waren, beeinflusst werden.

Damit alle diese Daten an die Treuhandstelle gelangen, haben die Mitglieder verschiedene Unterlagen bei der Treuhandstelle einzureichen.

Zu diesen gehören zunächst die allgemeinen Unterlagen, wie Preislisten, Rabattverzeichnisse und allgemeine Geschäftsbedingungen.

Als den Einzelfall betreffende Unterlagen sind einzureichen: Angebotskopie, Rechnungskopie, Einkaufsbestätigung über Materialkäufe.

Beispiel:

Aluminium - open-price-System:

2. Die nach Ziff. 1 zu übersendenden Unterlagen sind:
Für Lieferungen innerhalb der BRD, Westberlin, des Währungsgebietes DM-Ost und nach sämtlichen Ausfuhrländern:

- a) Angebotskopie (Original oder Photokopie); Originalkopie oder Photokopie der Abschluß- bzw. Auftragsbestätigung sowie aller zusätzlichen Abmachungen ohne Rücksicht auf die Menge. Darunter fallen auch Kopien von Musteranfragen.
- b) Die entsprechende Rechnungskopie, sofern keine schriftliche Auftragsbestätigung erfolgt.
- c) Die Einkaufsbestätigung über alle Abfall- und Materialkäufe von Abnehmern.

Schließlich sind die Abweichungen von Preislisten und nachträgliche Rechnungsberichtigungen und Gutschriften in besonders zu fertigenden Unterlagen einzureichen.

bb)

Die zweite Gruppe der zu meldenden Daten umfaßt alle Daten, die mit dem Verkaufsvorgang selbst nichts zu tun haben, wie Lagerbestände, Durchschnittsabfälle bei der Herstellung, Mitteilung über alle getätigten Rohstoffeinkäufe.

Die Meldung dieser Daten hat sich in Deutschland noch nicht eingebürgert; die dem Verfasser vorliegenden deutschen Verträge sehen sie nicht vor; dagegen findet man sie häufig in amerikanischen open-price-Verträgen.

So meldeten die Mitglieder der Maple-Flooring Manufactures' Ass. ihrer Treuhandstelle neben Angaben über Art und Menge des verkauften Holzes, Datum der Verkäufe, durchschnittliche Frachtkosten und gezahlte Provisionen, auch die Durchschnittskosten des Rohmaterials und der Herstellung sowie Art und Menge des Lagerverrates.¹⁾

Die Mitglieder der Hardwood Manufactures Ass. meldeten u. a. monatliche Berichte über Produktion und Lagerbestand, während die Ohio-Miller-State-Ass. u. a. Angaben über Einkaufspreise für Weizen sowie über die Lagerbestände an Weizen und Mehl forderte.²⁾

¹⁾ Tosdal S. 345, Fußnote 1.

²⁾ Tosdal S. 347.

- c) Die Meldepflichten der einzelnen Verträge sind sehr verschieden ausgestaltet.

Meist finden sich in den open-price-Verträgen Kombinationen der verschiedenen Meldepflichten. Selten ist, daß lediglich die allgemeinen Daten, also Preise und Konditionen, eingereicht werden.

Häufiger findet sich die Verbindung der Meldung der allgemeinen Daten mit einer Meldepflicht der Einzelabweichungen von den Normalpreisen.³⁾

Am meisten verbreitet ist jedoch die Verbindung von Übermittlung der allgemeinen Daten mit der Meldung der den Einzelfall betreffenden Vorgänge.⁴⁾ Bisweilen wird aber auch der Austausch der Preislisten und Konditionen garnicht erwähnt und nur eine Verpflichtung zur Übermittlung der Einzeldaten begründet.⁵⁾

Die Meldepflichten können aber sachlich und zeitlich beschränkt sein.

So können Umsätze von der Meldepflicht ausgeschlossen sein, die eine bestimmte Höhe nicht überschreiten⁶⁾; es kann nur die Verpflichtung bestehen, Exportpreise zu melden.

Beispiel:

open-price-System - Exportpreise:

.... verpflichten sich die vertragschließenden Firmen, Abweichungen von Preisen und Bedingungen der Exportpreisspiegel bei direkten oder indirekten Exportgeschäften dem Geschäftsführer des Fachverbandes zu melden.

Die Beschränkung der Meldepflicht kann auch eine zeitliche sein: dann sind nur Daten aus bestimmten Zeitabschnitten zu melden.

Die deutschen open-price-Verträge von Produzenten sehen meist auch nur die Meldung geltender Preise und abgeschlossener Geschäfte vor. Unter geltenden Preisen sind die Listenpreise zu verstehen, die zur Zeit für den Artikel verlangt werden; sie werden auch laufenden Preise genannt.⁷⁾ Diese sind aber auch zukünftige Preise insoweit, als auf ihrer Grundlage in Zukunft Rechtsgeschäfte abgeschlossen werden und vergangene Preise, als sie bereits die auf ihrer Basis zustande gekommenen Rechtsgeschäfte betreffen.

³⁾ So im ops-Exportpreise a. a. O.

⁴⁾ So im ops-Draht a. a. O.

⁵⁾ So im ops-Aluminium a. a. O.

⁶⁾ Lohmann, S. 522.

⁷⁾ Lohmann, S. 521.

Neben der Meldung laufender Preise findet sich aber auch die Übermittlung zukünftiger Listenpreise; darunter sind neue, bisher nicht geltende Preise zu verstehen, deren Einführung aber kurz bevorsteht.

Schließlich bedarf auch noch der Zeitpunkt der Meldepflicht einer Erörterung, weil sich auch hier Verschiedenheiten ergeben.

Die Meldepflicht kann zeitlich so geregelt sein, daß die Daten jeweils zu bestimmten Terminen, also täglich oder wöchentlich einzureichen sind.

Diese Regelung findet sich meist in amerikanischen Verträgen. Die deutschen Verträge sehen dagegen regelmäßig vor, daß Preislisten und sonstige allgemeine Daten unverzüglich nach ihrem Erscheinen einzureichen sind, während für die Einlieferung der einzelne Geschäfte betreffenden Unterlagen eine Frist von einigen Tagen nach Absendung der Rechnung bzw. der Auftragsbestätigung gewährt wird.

Beispiel:

open-price-System - Bleche:

- b) Die Lieferwerke übersenden dem Treuhänder eine Originaldurchschrift jeder Auftragsbestätigung innerhalb einer Frist von 3 Arbeitstagen nach Absendedatum. Etwa nicht aus der Auftragsbestätigung ersichtliche Nachlässe, Vergütungen oder sonstige Zugeständnisse, insbesondere auf Grund von Mängelrügen, sind unverzüglich bekanntzugeben.

2. Werkunternehmer:

- a) Da sich die Tätigkeit der Werkunternehmer häufig auf die Herstellung ganz unterschiedlicher Objekte, wie etwa Bau von Häusern oder Brücken, erstreckt, sind meist Preislisten nicht vorhanden, denn für jedes Objekt muß der Preis gesondert berechnet werden.

Dagegen kommen auch hier allgemeine Geschäftsbedingungen als Gegenstand der Meldung in Frage.

- b) Im übrigen liegt hier aber der Schwerpunkt auf der Mitteilung der Einzeldaten.

Je nachdem, ob der Werkunternehmer sich an einer öffentlichen Ausschreibung beteiligt oder ob ein Kunde ein Einzelangebot einholt, bestehen hier folgende Möglichkeiten der Meldung:

Zunächst kann sich die Meldepflicht auf die Meldung der Ausschreibungen oder der Anfragen von Kunden beschränken, ohne daß das Mitglied angibt, ob und in welcher Höhe es ein Angebot abgeben will; oder es wird auch die Absicht eines Angebots gemeldet. Meist ist jedoch das Angebot selbst mit allen darin enthaltenen Daten Gegenstand der Meldung. Schließlich kann sich die Meldepflicht auch auf zustandgekommene Verträge beschränken.

Wird ein Angebot oder ein Vertrag eingereicht, so geschieht das meist in der Form, daß ein Durchschlag des Angebots oder Vertrages der Treuhandstelle zugeleitet wird. Daneben kommt es aber auch vor, daß statt dessen ein Formular mit den entsprechenden Daten ausgefüllt und eingereicht wird.

Beispiel: ⁸⁾

Report of Bid to
Commissionier XYZ
Association

For interchange among members reporting bids on job shown below.

John Smith, Commissionier

Dear Sir,
we here with report our bid
(Original or revised)
submitted on ... 19 ,
(Date of Submitted) (Our Subm. Nr.)
to for
(to whom submitted) (name of customer)
on at
(name of job) (location of job)
In the amount of
(amount of bid)
for furnishing
(general nature of equipment)

as per plan and specification of consisting of ... elevation of special work, nos Bids on above job to be opened on 19

(If bid is only on part of contract, or there are any other qualifying conditions, please so state).

⁸⁾ Tosdal, S. 343.

You are authorized to interchange copies of the foregoing among all members of the XYZ Ass, reporting to you a bid upon the above named job.

Notice: we have also submitted the following alternate bid on the above named job, as per plan of consisting elevations of special work, Nos in the amount of copies of which you authorized to interchange only among those likewise reporting alternate bids.

Besteht nach den Ausschreibungsbedingungen oder nach den Vereinbarungen mit den Kunden die Möglichkeit, weitere oder veränderte Angebote einzureichen, so kann auch für diese eine Meldepflicht vereinbart werden. Soweit Angebote eingereicht werden, handelt es sich um die Mitteilung zukünftiger Preise, da ein Preis über das betreffende Objekt ja erst vereinbart werden soll.

III. Die Auskunftserteilungspflicht der Treuhandstelle.

1. Die Aufgabe der Treuhandstelle ist die Vermittlung der von den Mitgliedern eingereichten Daten an alle beteiligten Unternehmen. Eine Information anderer Kreise, vor allem etwa der Abnehmer oder Zulieferer, ist in deutschen open-price-Verträgen regelmäßig nicht vorgesehen. Ansätze dazu finden sich lediglich in einem der dem Verfasser vorliegenden Verträge, wo es heißt: "Es soll eine volkswirtschaftlich sinnvolle Auswertung dieser Ergebnisse gemeinsam mit anderen Kreisen der Zulieferer- und Abnehmerindustrien durchgeführt werden."

2. Übermittlung von Preislisten und Originalunterlagen.

Die Tätigkeit der Meldestelle kann sich zunächst auf eine einfache Botentätigkeit beschränken: sie sammelt die Daten, vervielfältigt sie und reicht sie in der Form, wie sie geliefert werden, weiter, so daß also jedem Beteiligten Abschriften der eingereichten Preislisten, Rechnungskopien, Auftragskopien, Angebotskopien zugesandt werden. Ein derartiges Verfahren beschränkt sich bei den open-price-Systemen der Produzenten jedoch in aller Regel auf die Übersendung der Preislisten⁹⁾; andere Unterlagen werden regelmäßig nicht direkt übermittelt, sondern die in ihnen enthaltenen Daten werden nur in bearbeiteter Form - etwa als Statistik - weitergegeben. Offensichtlich geht eine derart umfassende Information den Beteiligten zu weit; ein gewisses Mißtrauen dem Konkurrenten gegenüber, die Furcht, ihm allzuviel Einblick in den eigenen Betrieb zu gewähren, besteht auch zwischen den Mitgliedern eines Preismeldeverfahrens.

⁹⁾ S. a. Heath, S. 474.

Dagegen findet sich die Information durch Übersendung der eingereichten Unterlagen bei den Werkunternehmern häufig. Sie besteht hier darin, daß die Treuhandstelle die einzelnen Anfragen oder Ausschreibungen mitteilt, und, soweit das Gegenstand des Vertrages ist, auch die abgegebenen oder beabsichtigten Angebote den anderen Mitgliedern übersendet.

Die Angebote werden teils schon vor Vergabe des Auftrages übermittelt, zum Teil aber auch erst nach dem Zustandekommen des Vertrages¹⁰⁾. Teilweise erfolgt die Übermittlung der Angebote nur an solche Mitglieder, die auf die Bekanntgabe der Kundenanfrage bzw. Ausschreibung mitgeteilt haben, daß sie an der Ausschreibung teilnehmen wollen.

Bei Übermittlung der Angebote nach Vergabe des Auftrages werden diese jedoch regelmäßig schon zusammengestellt und bearbeitet, so daß diese Mitteilungen schon zum Gebiet der Marktstatistik gezählt werden können.

3. Marktstatistik und Marktanalyse

In der Mehrzahl der Fälle ist der Treuhandstelle aber die Aufgabe gestellt, die Daten vor der Weitergabe zu bearbeiten. Meist ist in den Verträgen die monatliche Erstellung einer Marktstatistik vorgesehen.

- a) Die Statistiken der Produzenten können Auskunft geben über die durchschnittlich erzielten Preise, über die höchsten und niedrigsten Preise im Berichtsmonat, über den Gesamtumsatz, über den Umsatz der einzelnen Beteiligten; es ist möglich, den Rohstoffanteil am Gesamtpreis gesondert zu erfassen und so die Rohstoffpreise mitzuteilen.

Weiter besteht die Möglichkeit, die Namen der einzelnen Kunden aufzuführen oder die Daten mit den Namen der Mitglieder zu versehen; davon wird jedoch in Deutschland - offenbar aus Konkurrenzgründen - wenig Gebrauch gemacht.¹¹⁾

¹⁰⁾ Ähnlich in den USA: Dort wurden die einzelnen Angebote zu Beginn der open-price-Arbeit als sog. sealed bids eingereicht, die erst geöffnet werden durften, wenn das betreffende Geschäft mit einem der Bewerber zustande gekommen war. Das wurde aber bald als unzweckmäßig aufgegeben; man ging darauf zur Mitteilung der Angebote über. Tosdal, S. 341.

¹¹⁾ anders in England, S. Heath a. a. O.

Beispiele:

open-price-System - Drähte:

2. Das Treuhandbüro erstellt aus den ihm zugegangenen Kopien eine monatliche statistische Meldung, welche in Unterteilung nach Drahtarten enthält:
 - A) Die Lieferungen in Kilo, aufgeteilt in Stärkegruppen.
 - B) Den gesamten Rechnungsbruttobetrag.
 - C) Den Durchschnittsrabattsatz.

open-price-System - Dachpappe:

Das Treuhandbüro ermittelt aus den Rechnungsunterlagen allwöchentlich:

- a) Die Gesamtmenge in qm und cbm der in der Berichtswoche gelieferten Mengen.
- b) Die Durchschnittspreise für noch zu vereinbarende zwei oder drei Standardqualitäten.
- c) Den höchsten und den niedrigsten Netto-Verkaufspreis für die vereinbarten zwei oder drei Standardqualitäten.

Das Treuhandbüro teilt den Unterzeichnerfirmen unverzüglich die insgesamt gelieferten Mengen und ferner die Preisangaben gem. b) und c) mit. Umsatz und Preisangaben erfolgen ohne Firmennennung.

An Stelle einer periodisch erscheinenden Statistik können die Daten auch zu einer Marktanalyse verarbeitet werden. Hierbei handelt es sich um eine besondere Form der Statistik. Sie wird nicht periodisch herausgegeben, sondern ist ein Test, der einen Querschnitt des Marktes unter bestimmten Gesichtspunkten an einem bestimmten Stichtag gibt.¹²⁾

- b) Auch die Treuhandstellen der Werkunternehmer stellen regelmäßig Statistiken zusammen; diese enthalten z. B. den Gesamtumsatz der beteiligten Firmen innerhalb eines bestimmten Zeitraumes, die Umsätze und die Durchschnittspreise, soweit das, wie etwa im Straßenbau, möglich ist. Daneben wird häufig nach Vergabe eines Auftrages ein Ausschreibungsbericht veröffentlicht, der eine Zusammenstellung der Angebote, die für das jeweilige Geschäft gemacht wurden, enthält.

¹²⁾ Menze, Möglichkeiten, S. 43.

Beispiel: ¹³⁾

Date 3/20/17

article	Quantity	Member 1	Member 2	Member 3	Closed by
Part		3 / 16	3 / 18	3 / 20	Member
563	50.000				No 2
		23, 20 M 8, 75 T	23, 00 M 6, 00 T	23, 40 M 7, 00 T	at price quotet

Remarks:

Member 1 - Delivery 4 to 8 weeks
Material OHHR Steel 1/4

Member 2 - Delivery 8 to 12 weeks
Material dito

Member 3 - Delivery 4 to 8 weeks
Material dito

4. Erteilung von Einzelauskünften.

- a) Einzelauskünfte über bestimmte Geschäfte werden in aller Regel nicht erteilt. Eine Ausnahme gilt nur, wenn die Auskunft zu dem Zweck erbeten wird, dem Anfragenden Klarheit über vom Abnehmer behauptete günstige Konkurrenzangebote zu verschaffen und ihm so die Möglichkeit zu geben, wahrheitswidrige Ausspielungen abzuwehren.

Auch in diesem Falle werden aber Auskünfte nur erteilt, wenn sich die Anfrage auf einen bestimmten, genau beschriebenen Geschäftsvorgang bezieht; durch diese Einschränkungen soll Ausforschungsversuchen vorgebeugt werden.

Beispiel:

Aluminium - open-price-System:

Die unterzeichneten Firmen erteilen für die Dauer des Vertrages dem Treuhänder die Erlaubnis, anderen mitunterzeichneten Firmen zwecks Erleichterung der Abwehr wahrheitswidriger Ausspielungen auf Anfrage alle Einzelheiten bekanntzumachen, die zu dem betreffenden Vorgang aus den seit Inkrafttreten des vorliegenden Abkom-

¹³⁾ Tosdal, S. 345.

mens eingehenden Unterlagen ersichtlich sind. Die Anfragen sind hierbei auf einen konkreten, in der Anfrage klar zu bezeichnenden Geschäftsvorgang zu beschränken. Um das unlautere Geschäftsgeschehen einzudämmen, wonach Lieferfirmen durch falsche Angaben der Abnehmer über angeblich niedrigere Notierungen anderer Lieferfirmen in bereits abgeschlossenen Geschäften gegeneinander ausgespielt werden, können die Unterzeichnerfirmen diese Fälle dem Treuhandbüro zur Nachprüfung bei der in Frage kommenden Lieferfirma mitteilen. Das Treuhandbüro teilt das Ergebnis seiner Ermittlungen sofort der anfragenden Firma mit.

- b) Daneben sehen einzelne Verträge eine besondere Mitteilungspflicht für jede Einzelabweichung von den eingereichten Preislisten vor. Die im Einzelfall vorgenommenen Änderungen werden aber nur den Firmen mitgeteilt, die den betroffenen Abnehmer schon einmal beliefert haben, während über Preisvereinbarungen mit bisher nicht belieferten Abnehmern nur auf Anfrage Auskunft erteilt wird.

Beispiel:

open-price-System - Drähte:

Die im einzelnen Fall vorgenommenen Änderungen der Preise, Rabatte, sowie Liefer- und Zahlungsbedingungen werden vom Treuhandbüro den beteiligten Lieferfirmen unverzüglich mitgeteilt. Beteiligt ist jede Firma, die im vorhergehenden oder laufenden Kalenderjahr den Abnehmer beliefert hat. Über bisher nicht belieferte Abnehmer erteilt das Treuhandbüro auf Anfrage Auskunft.

IV. Erfahrungsaustausch bei regelmäßigen Zusammenkünften.

Diese vielfältigen Möglichkeiten der Information erfahren noch eine Erweiterung durch die in zahlreichen amerikanischen und deutschen open-price-Verträgen vorgesehenen regelmäßigen Treffen der Beteiligten (meetings). Bei diesen Treffen sollen Fragen besprochen werden, die sich aus der Zusammenarbeit im open-price-Vertrag ergeben, wie Verfeinerung der Statistiken, Ausräumung von Fehlerquellen oder Beseitigung von Mißverständnissen.

Beispiel: ¹⁴⁾

Satzung der open-price-Association amerikanischer Kottonfabriken:

Art. II: Durch monatliche und zu anderer Zeit festgesetzte Treffen soll Publizität in die geschäftlichen Transaktionen gebracht und ein herzliches und freundschaftliches Verhältnis unter den Mitgliedern gefördert werden. Bei diesen Treffen sollen Mißverständnisse sowie Verstimmungen, die auf Verbreitung falscher Berichte, grundloser Angriffe sowie Unkenntnis der in dem Industriezweig herrschenden Bedingungen beruhen, soweit möglich, beseitigt werden.

§ 6. Die Erreichung von Marktübersicht durch das open-price-System.

I. Markttransparenz.

Wesentliches Ziel der open-price-Arbeit ist es, durch den Informationsaustausch die Markttransparenz auf den jeweiligen Märkten herzustellen. ¹⁾

Beispiel:

open-price-Vertrag - Dachpappe:

Es hat sich gezeigt, daß der unlautere bzw. Schädigungs-Wettbewerb auf dem Gebiete der Dachpappenherstellung insbesondere darauf zurückzuführen ist, daß die Abnehmer die Wettbewerber durch Hinweis auf angebliche Unterangebote auszuspielen suchen. Die Zerrüttung des Marktes ist somit im wesentlichen auf die ungenügende Unterrichtung der Wettbewerber über die tatsächliche Preissituation zurückzuführen. Zur Gesundung des Wettbewerbs ist daher erforderlich, daß die Wettbewerber Maßnahmen zur Durchschaubarkeit und Übersichtlichkeit des Marktes treffen.

Der Konkurrenzkampf hat vielfach zu Preisstellungen geführt, welche die Kostengrenze erreicht oder sogar unterschritten haben. Eine Fortsetzung dieser Art Wettbewerb muß letzten Endes zur Folge haben, daß die beteiligten Unternehmen ihren Verpflichtungen gegenüber der ihnen anvertrauten Belegschaft, den Zulieferern, den Kreditgebern und schließlich auch dem Staat nicht mehr im notwendigen Maße nachkommen können.

¹⁴⁾ Tosdal, S. 341 ff; Übersetzung v. Verf.

¹⁾ Siehe dazu: Behrens, ops, S. 106 ff; Griesbach, DB 1961/1621 ff; Menze, Diskussion, DB 1962/341 ff; Deringer u. Tessin, DB 1962/19 ff; Rautenberg, NJW 1959/2238 ff.

Ein Markt ist dann transparent, wenn möglichst alle Austauschbeziehungen, aus denen sich der Markt zusammensetzt ²⁾, für die Marktteilnehmer offen zu Tage liegen, so daß ihnen der Markt durchschaubar und übersichtlich erscheint.

Im folgenden ist zu untersuchen, ob die Informationsmöglichkeiten, die die open-price-Verträge gewähren, tatsächlich den erwünschten Erfolg mit sich bringen. Dabei kann vorab bemerkt werden, daß sich das open-price-Verfahren auf die Herstellung einer einseitigen Markttransparenz beschränkt, weil die Daten nur den Beteiligten, nicht aber den Geschäftspartnern auf der Marktgegensseite zugänglich gemacht werden.

2. Je mehr Daten dem Treuhandbüro mitgeteilt werden und je detaillierter Meldungen von diesem erstattet werden, desto günstigere Erfolge werden sich mit dem Verfahren erreichen lassen.

- a) Die Übermittlung der Preislisten und sonstiger allgemeiner Daten allein hat nur geringeren Erkenntniswert für die Beteiligten. Aus diesen Daten ergibt sich weder der Umsatz einer Branche, noch etwaige von den Auftraggebern erzwungene Preiszugeständnisse, Tatsachen, die gerade für den Trend des Marktes von erheblicher Bedeutung sind. Immerhin kann auch schon die Kenntnis der Preise der Mitbewerber für einen Unternehmer von erheblichem Nutzen sein, da sie ihm ein marktgerechtes Vorgehen erheblich erleichtert.
- b) Dagegen hat sich die Verbindung von Marktstatistik mit Übermittlung der allgemeinen Daten für Produzenten am vorteilhaftesten erwiesen.

Voraussetzung für eine ausreichende Information ist hier vor allem, daß die Statistik genügend ausgebaut und verfeinert ist. Eine Statistik muß zumindest Meldungen über den Gesamtumfang der Lieferungen, den gesamten Rechnungsbruttobetrag und Rechnungsnettobetrag und den Durchschnittsrabattsatz enthalten, damit eine ausreichende Information erreicht wird.

Durch Erweiterungen, etwa auf Mitteilung von Durchschnittspreisen, Mitteilung eines höchsten und niedrigsten Preises wird der Wirkungsgrad erheblich verbessert.

Von besonderem Interesse wäre vielfach die Angabe von Kunden und die Benennung der Beteiligten; durch die Namen der Kunden würde es den Teilnehmern erleichtert, neue Geschäftsverbindungen anzuknüpfen, während die Namen der Teilnehmer Aufschlüsse über den Stand der Mitbewerber geben würden.

²⁾Hefermehl § 1, Anm. 23, Benisch, Gemeinschaftsvertrieb WuW 1958/1269 (1270).

Die Namen der Kunden fehlen jedoch in deutschen op - Statistiken regelmäßig. Der Grund ist auch hier darin zu sehen, daß dem Konkurrenten nur ein beschränkter Einblick in den eigenen Betrieb und die bestehenden Geschäftsbeziehungen geboten werden soll.

Gerade diese Beschränkung behindert jedoch die Entwicklung der wettbewerbsfördernden Wirkung des open-price-Systems, denn der Markt bleibt den Beteiligten, soweit es die möglichen Abnehmer betrifft, undurchsichtig. Wären dagegen alle interessierten Abnehmer eines Marktes der Marktgegenseite bekannt, würde die Anknüpfung neuer Geschäftsbeziehungen wesentlich gefördert und damit eine Intensivierung des Wettbewerbs erreicht.

Andererseits ist die Haltung der an den open-price-Verträgen beteiligten Unternehmen vom kaufmännischen Standpunkt her verständlich, da der Kundenkreis eines Unternehmers oft einen wesentlichen Teil des Unternehmenswertes darstellt, dessen Offenlegung zu schweren Einbußen führen könnte.

Ebenso werden die Daten meist ohne die Namen der Unternehmen, von denen sie herrühren, mitgeteilt. Eine Bekanntgabe der Daten in Verbindung mit den Namen der einzelnen Mitbewerber würde zwar den Erkenntniswert der Statistiken verbessern da sich die Beteiligten ein Bild über die Lage eines jeden Mitbewerbers machen könnten.

Andererseits liegt bei einer solchen Handhabung des open-price-Systems die Gefahr besonders nahe, daß auf einzelne Unternehmer von anderen Mitbewerbern ein Druck ausgeübt wird, von einer individuellen Preisgestaltung abzusehen, so daß wohl aus diesem Grunde von einer Namensnennung der Beteiligten abgesehen wird.

Aber auch bei Fehlen dieser Daten bringt eine gut ausgebaute Statistik in Verbindung mit der Mitteilung der allgemeinen Daten für die Beteiligten erhebliche Vorteile.³⁾

Insbesondere wird dem Unternehmer die Unternehmensführung erleichtert. Die durch das Verfahren vermittelte Information gewährt dem Unternehmer die Möglichkeit, eine Reihe von Kontrollen durchzuführen, die anders nur schwierig durchführbar wären. Der am Verfahren beteiligte Unternehmer kann seine eigene Situation im Wettbewerb überprüfen; er kann feststellen, ob seine Preise über oder unter dem durchschnittlichen Preisniveau liegen; er kann seinen Marktanteil ermitteln und überhaupt die gesamte Marktlage überblicken: er weiß, ob das Angebot zu- oder abnimmt, ob die Nachfrage ansteigt oder abnimmt; er kann die Kapazitätsbelastung seines Un-

³⁾ Dazu besonders Behrens, ops, S. 106 ff.

ternehmens günstiger beurteilen. Daneben kann der Teilnehmer auch die Entwicklung der Konkurrenten im Auge behalten; deren Markstellung ist ihm ebenso wie seine eigene bekannt. Er kann evtl. auch die Beteiligung der Konkurrenten bei einzelnen Kunden, vor allem solchen von Bedeutung, feststellen. Schließlich besteht bei entsprechender Ausgestaltung der Statistik auch die Möglichkeit, über die Verhältnisse der Abnehmer, insbesondere deren Zahlungsfähigkeit, Aufschlüsse zu gewinnen.

Diese ausgezeichnete Marktübersicht ermöglicht es dem Teilnehmer in der Regel, auf die Durchführung kostspieliger Marktanalysen zu verzichten.

Die genannten Kontrollmöglichkeiten schützen die Beteiligten vor falschen Dispositionen⁴⁾ und erweisen sich als vorteilhaft bei Produktions- und Investitionsentscheidungen;⁵⁾ die Voraussehbarkeit künftiger Gewinne kann wachsen, langfristige Planungen werden erleichtert. Darüberhinaus kann die Kenntnis der durchschnittlich geforderten Preise, wie sie in zahlreichen Statistiken mitgeteilt werden, kleineren Betrieben ohne gut eingerichtete Kalkulationsabteilung auch die Kalkulation ihrer Preise erleichtern, da sie sich im wesentlichen an die mitgeteilten Durchschnittspreise halten können.

- c) Für Werkunternehmer ist neben der Information durch statistische Mitteilungen vor allem die Kenntnis der Angebote der Mitbewerber von großem Interesse, da er dann deren Daten bei der Erstellung seines eigenen Angebots berücksichtigen kann.

Freilich ist diese Art der Information nicht unbedenklich, da die ersten Bewerber, die ihre Angebote bekanntgemacht haben, leicht von späteren Bewerbern unterboten werden können. Diese Gefahr besteht nur dann nicht, wenn es allen Bewerbern freisteht, ihre Angebote bis zum Bietungsschluß zu ändern.

II. Abwehr von unlauteren Ausspielungen.

1. Es kommt im Verhältnis von Anbietern und Nachfragern, vor allem bei Angebotsüberhang häufig vor, daß die Anbieter von ihren potentiellen Abnehmern durch Praktiken, die den strafrechtlichen Tatbestand des Betrugs erfüllen oder ihm nahekommen, zu erheblichen Zugeständnissen gebracht werden. Die Methode besteht darin, dem Anbieter vorzuspiegeln, ein anderer Anbieter habe bereits ein günstigeres Angebot gemacht, man sei aber bereit, hier abzuschließen, falls ebenfalls Zugeständnisse eingeräumt würden.

⁴⁾ Mestmäcker, Diss. S. 188.

⁵⁾ Heath, S. 478.

2. Gegen derartige unlauteren Praktiken bietet die durch die Marktstatistik erlangte Information meist keinen ausreichenden Schutz, da die Statistiken zu allgemein gehalten sind, als daß daraus Daten einzelner Geschäfte entnommen werden könnten. Hier helfen jedoch die in fast allen open-price-Verträgen vorgesehenen Einzelauskünfte: Jeder, dem angeblich günstigere Konkurrenzangebote entgegengehalten werden, kann sich durch eine Anfrage bei der Treuhandstelle Gewißheit darüber verschaffen, ob die Angaben zutreffen oder nicht, so daß solche Auspielungen keine Aussicht auf Erfolg mehr haben.

III. Verhinderung von sittenwidrigen Preisunterbietungen.

Behrens⁶⁾ weist weiter darauf hin, daß eine mit sittenwidrigen Mitteln betriebene gezielte Preisunterbietung, wenn sie im Rahmen eines open-price-Systems offen geführt werden muß, zumindest sehr erschwert sei, wenn nicht sogar unmöglich gemacht werde. Im Prinzip ist Behrens zuzustimmen; freilich dürften Unternehmen, die solche Maßnahmen in Angriff nehmen, diese kaum in einem open-price-System allen offenlegen. Wenn sie schon derartiges durchführen wollen, werden sie sich auch nicht scheuen, falsche Daten einzureichen oder aus dem Vertrag auszuschneiden, so daß insoweit die Schutzfunktion des Systems doch recht zweifelhaft ist.

§ 7: Schwierigkeiten bei der Durchführung des open-price-Systems.

I. Vorbemerkung:

Diese günstigen Ergebnisse des Informationsverfahrens werden jedoch nicht in allen Fällen erreicht, da sich einer reibungslosen Durchführung zahlreiche Schwierigkeiten entgegenstellen.¹⁾

II. Zu kleiner Teilnehmerkreis.

Eine vollständige Information über die Marktlage kann nur dann erreicht werden, wenn die Mitglieder eines Wirtschaftszweiges möglichst vollzählig an dem Verfahren beteiligt sind. Ein System, das nicht das ganze Marktgeschehen auf einem bestimmten Markt erfaßt, hat nur wenig Wert für die Beteiligten: Läßt sich aus einer Information das Marktverhalten zweier Außenseiter mit je 15% Marktanteil nicht entnehmen, so ist sie nur beschränkt brauchbar.

⁶⁾ Behrens, ops, S. 107

¹⁾ Siehe dazu auch Nelson, S. 261 ff.

Als Mindestgrenze, die erreicht werden muß, um ein ordnungsgemäßes Funktionieren des Verfahrens zu gewährleisten, wird eine Beteiligung der Unternehmen einer Branche in Höhe von 85% des Marktanteils in dieser Branche angesehen. Bei einer Beteiligung von nur 80% bestehen bereits erhebliche Zweifel an der Funktionsfähigkeit des Systems. Demgemäß weisen auch mehrere dem Verfasser bekannte Verfahren eine Beteiligung von ca. 95-98% auf.

Infolge dieser Abhängigkeit des Verfahrens von einer möglichst vollständigen Teilnahme kommt es in Streitfällen häufig zur Auflösung des ganzen Verfahrens: Es genügt, daß nur ein Mitglied, das einen etwas größeren Marktanteil in der betreffenden Branche hat, ausscheidet, um das System funktionsunfähig zu machen. So wurde auch in einem dem Verfasser bekanntgewordenen Fall, bei dem ein Mitglied mit einem Marktanteil von ca. 20% infolge von Streitigkeiten ausschied, sofort die Auflösung des ganzen Systems ins Auge gefaßt.

III. Falschmeldungen.

1. Weiter kommt es nach den Erfahrungen der Treuhandbüros recht häufig vor, daß die Mitglieder vorsätzlich oder fahrlässig falsche Daten einreichen.

Für das vorsätzliche Einreichen falscher Daten kann es verschiedene Gründe geben, z. B. hat ein Mitglied die Preise gesenkt, möchte aber vermeiden, daß die anderen Mitglieder daraufhin ebenfalls sogleich ihre Preise senken. Es reicht daher weiter alte Preislisten und Daten ein. Oder ein Mitglied gewährt einem einzelnen Abnehmer besondere Nachlässe, um ihn an sich zu binden, hält es aber geheim, damit nicht andere dieselben Nachlässe gewähren.

Da solche Verschleierungen dann, wenn eine Verpflichtung besteht, sämtliche Rechnungs- und Auftragskopien einzureichen, rasch bekannt würden, greift man zu raffinierten Manipulationen, um sie zu verschleiern; so wird vereinbart, daß ein Teil des Kaufpreises auf ein geheimes Sonderkonto zurückgezahlt wird oder eine unbegründete Mängelrüge erhoben wird, die dann ohne weiteres anerkannt wird.

Neben diesen vorsätzlichen Verstößen gegen die Meldepflichten wird die Zahl der fahrlässigen Falschmeldungen, die aus ungenauer Beachtung der Melderegeln, Nachlässigkeit und Unachtsamkeit erfolgen, noch erheblich höher sein.

2. Es liegt auf der Hand, daß eine einwandfreie Information nicht mehr möglich ist, wenn derartige Vorfälle sich häufen; von der Fehlerlosigkeit der eingereichten Daten hängt eine einwandfreie und umfassende Information weitgehend ab. Da derartige Verstöße sehr häufig vorkommen - bei einigen dem Verfasser zugänglichen Systemen war kaum

eine Firma, gegen die nicht schon Beanstandungen erhoben worden wären -, sehen die meisten open-price-Verträge scharfe Überwachungsmaßnahmen und bei Feststellung von Verstößen erhebliche Strafsanktionen vor. Die Überprüfung erfolgt durch Einsichtnahme in die Geschäftspapiere und durch mündliche Befragungen der Angestellten der überprüften Unternehmen. Sie kann regelmäßig, in Form von Stichproben oder auch auf Antrag einer der an dem Vertrag beteiligten Firmen erfolgen. Letzter Fall wird vor allem dann eintreten, wenn Zweifel an der Vertragstreue eines Beteiligten entstehen oder wenn sich ein Mitglied von dem Vorwurf falscher Meldungen reinigen will.

Die Durchführung der Überprüfung erfolgt entweder durch Angestellte des Treuhandbüros oder Wirtschaftsverbandes oder durch freie Wirtschaftsprüfer.

Beispiel:

open-price-Vertrag - Bleche:

§ 4: Auskunftspflicht.

Sollte bezüglich der Erfüllung der Verpflichtung zu wahrheitsgemäßer Meldung gem. § 2 eine Meinungsverschiedenheit zwischen Unterzeichnerfirmen entstehen, so ist jede Unterzeichnerfirma berechtigt, die Prüfung aller für die Aufklärung des betreffenden Geschäftsvorgangs notwendigen Unterlagen durch die Treuhandstelle zu beantragen. Auch verpflichtet sich jede einzelne Unterzeichnerfirma, auf Anfragen des Treuhandbüros wahrheitsgemäße und vollständige Auskunft zu geben und vollen Einblick in die zugehörigen Geschäftsunterlagen in ihren Geschäftsräumen zu geben.

Der Treuhänder ist auch von sich aus berechtigt, in regelmäßigen Zeitabständen eine Prüfung der einschlägigen Geschäftsunterlagen bei den Unterzeichnerfirmen vorzunehmen. Der Treuhänder hat das Ergebnis jeglicher Prüfung den Unterzeichnerfirmen unverzüglich bekanntzugeben.

Bei Feststellung von Verstößen gegen die Meldepflichten sehen die Verträge verschiedene Arten von Sanktionen vor.

Meist wird die Erteilung einer Verwarnung und im Wiederholungsfalle die Verhängung einer Geldstrafe angedroht. Die Geldstrafen betragen bis zu DM 5.000, -- für jeden Fall einer Zuwiderhandlung gegen die Meldepflichten.

Daneben ist als Sanktion der Ausschuß von der Information bis zur Nachholung der fehlenden oder falschen Meldung sowie die Bekanntgabe des unzuverlässigen Teilnehmers an die anderen Mitglieder vorgesehen.

Beispiele:

open-price-System - Aluminium:

Jede Unterzeichnerfirma verpflichtet sich, im Falle der Verletzung einer durch das vorliegende Abkommen übernommenen Verpflichtung im Wiederholungsfalle oder bei Fortsetzung der Zuwiderhandlung nach erfolgter Verwarnung eine Vertragsstrafe an das Treuhandbüro zu zahlen. Das Treuhandbüro wird seine Auskunftstätigkeit gegenüber einer zuwiderhandelnden Firma nicht einstellen.

open-price-System - Draht:

Kommt eine Firma den gemäß Ziff. 1 übernommenen Verpflichtungen nicht, unvollständig, unrichtig oder nicht fristgemäß nach, so wird die Rückmeldung der Statistik - Ergebnisse an die Firma so lange eingestellt, bis die Meldungen ordnungsgemäß nachgeholt worden sind. Im zweiten Fall einer Zuwiderhandlung durch die gleiche Firma ist das Treuhandbüro zur Erteilung einer Verwarnung verpflichtet.

Liegen insgesamt drei Fälle einer Zuwiderhandlung durch die gleiche Lieferfirma vor, so wird sie den anderen Firmen unter Hinweis auf die Fälle bekanntgegeben.

Eine Kombination der verschiedenen Sanktionen kommt vor; meist findet man jedoch die Vertragsstrafe allein angedroht.

IV. Schwierigkeiten bei der Auswertung der eingereichten Daten.

1. Weitere Schwierigkeiten auf dem Weg zu einer einwandfreien Information ergeben sich daraus, daß die Daten häufig schwer oder gar nicht miteinander verglichen werden können. Zur Erstellung einer Statistik oder zur Lagebeurteilung auf Grund der mitgeteilten Daten ist es aber erforderlich, die jeweiligen Daten miteinander zu vergleichen.

2. Besteht das open-price-System z. B. aus Sperrholzfabrikanten, so sind die Schwierigkeiten noch verhältnismäßig gering. Wenn 10 Qualitäten Sperrholz hergestellt werden und A verlangt für die Qualität Nr. 3 x DM, während B für dieselbe Qualität xy DM verlangt, so lassen sich Vergleiche anstellen: Jeder Hersteller weiß, was unter der Qualität Nr. 3 zu verstehen ist; die Qualität Nr. 3 wird auch bei allen Herstellern ungefähr gleich ausfallen. Bei technisch einfacheren Waren herrscht mehr oder weniger eine Typisierung und Normung, die eine vergleichende Betrachtung erleichtert und fördert.

Auch bei einfacheren technischen Erzeugnissen, wie z. B. Reißverschlüssen, Rasenmähern und ähnlichen Geräten, hat ein Vergleich Sinn; die Unterschiede in der Ausführung sind hier nicht allzu groß, sie lassen sich verhältnismäßig leicht feststellen. Ein Preisvergleich hat hier noch Wert. Dagegen ergeben sich erhebliche Vergleichsschwierigkeiten bei chemischen oder technisch hochwertigen Produkten; die Folge davon ist, daß in diesen Branchen open-price-Verträge recht selten anzutreffen sind. Verlangt ein Hersteller für sein Produkt, z. B. einen hochwertigen Lack, pro kg x DM, und ein anderer y DM, so ist damit noch nichts darüber ausgesagt, ob der eine viel billiger anbietet als der andere. Der höhere Preis des zweiten Herstellers kann darauf beruhen, daß er für etwa gleichwertiges Produkt mehr verlangt, oder aber, daß das Produkt tatsächlich besser ist und daher vielleicht höhere Gestehungskosten hat. Was nun zutrifft, kann man nicht mit Sicherheit entscheiden, da gerade bei chemischen Produkten die Herstellung häufig auf Grund eines Geheimverfahrens erfolgt. Den Beteiligten ist aber die Beurteilung der Lage, die Beantwortung der Frage, ob sie mit ihrem Preis richtig im Markt liegen, erheblich erschwert, wenn nicht unmöglich gemacht.

Neben diesen in der Natur der Produkte begründeten Schwierigkeiten, die sich kaum ausräumen lassen werden, ergeben sich noch andere Vergleichsprobleme, die die Durchführung der Informationsdienste erschweren. So kommt es vor, daß ein Hersteller sein Erzeugnis als 30%ige Lösung vertreibt, ein anderer als 50%ige Lösung und ein dritter in fester Form; Kunststoff wird von dem einen Fabrikanten nach Kilogramm verkauft, von dem anderen nach Quadratmetern. Die Preise treten ebenfalls nicht immer in einfachen Geldbeträgen auf; Abschläge, Nebenbedingungen, Reklamezuschüsse, Zugaben müssen bei der Ermittlung des wirklichen Preises berücksichtigt werden.²⁾ Alle diese Schwierigkeiten lassen sich zwar ausräumen, doch fordert ihre Ausräumung erheblichen Aufwand an Zeit und Geld: Umfangreiche Umrechnungsarbeiten sind erforderlich, bei denen sich weitere Fehler einschleichen können, die dann die Erreichung des angestrebten Zieles erschweren.

V. Schiedsgerichtsbarkeit.

Streitigkeiten aus den open-price-Verträgen, besonders über die Erfüllung der Meldepflichten und über die Verwirkung einer Vertragsstrafe, werden regelmäßig nicht vor den ordentlichen Gerichten, sondern vor Schiedsgerichten ausgetragen, da fast jeder open-price-Vertrag mit einem besonderen Schiedsabkommen verbunden ist.

²⁾ Lohmann, S. 519.

Das Schiedsgericht besteht meist aus einem Schiedsausschuß, der aus einem Vorsitzenden und zwei Beisitzern besteht; manche Verträge sehen vor, daß dem Vorsitzenden die alleinige Entscheidungsbefugnis übertragen werden kann. In den vom Verfasser untersuchten Verträgen war als Vorsitzender eine neutrale Persönlichkeit vorgesehen, die die Befähigung zum Richteramt haben mußte. Die beiden Beisitzer kamen aus dem Kreis der Beteiligten. Für dieses Amt hatte jedes Unternehmen von vornherein eine Person zu benennen. Kam es zu einem Schiedsverfahren, so konnte jeder der daran Beteiligten - Treuhänder und betroffene Firma - einen Schiedsrichter aus dieser Liste benennen. Kam er dem nicht innerhalb einer vom Vorsitzenden bestimmten Frist nach, so bestimmte der Vorsitzende die Beisitzer.

Beispiel:

open-price-Systeme - Bleche:

Schiedsvertrag:

Zur Regelung aller etwaigen Meinungsverschiedenheiten in Verbindung mit dem ops-Abkommen Bleche, insbesondere zur Entscheidung über Vertragsstrafen nach dem eben genannten Abkommen, vereinbaren die Unterzeichner die Zuständigkeit eines Schiedsausschusses.

Der Schiedsausschuß besteht aus einem Vorsitz und zwei Beisitzern. Im Regelfall entscheidet der Vorsitzende allein, es sei denn, daß die Entscheidung des gesamten Schiedsausschusses beantragt wird.

§ 8: Erweiterungen des open-price-Systems.

Die in den vorhergehenden Kapiteln dargestellte Grundform des open-price-Systems hat im Verlaufe der Entwicklung verschiedene Erweiterungen erfahren. Diese Erweiterungen haben mit dem eigentlichen Ziel des open-price-Systems, Schaffung von Marktinformationen, wenig zu tun. Sie finden sich nur deshalb als Bestandteile des open-price-Systems, weil sich das Verfahren als geeignetes Mittel erwiesen hat, diese Nebenabreden, die überwiegend auf Preisstabilisierung abzielen, durchzuführen.

Eine Erörterung dieser Zusätze an dieser Stelle erscheint jedoch schon aus dem Grunde notwendig, um das eigentliche open-price-System von ihnen abzugrenzen.

Wie die Grundform des Systems, stammen auch die Zusätze aus den Vereinigten Staaten von Amerika; dort kamen sie in der NIRA-Zeit auf, als die Industrie mit ihren codes of fair competition von den Antitrust-gesetzen freigestellt war und eine gerichtliche Kontrolle daher nicht zu fürchten war.

I. An erster Stelle sind hier die Wartefristen zu nennen (waiting periods). Inhalt einer derartigen Vereinbarung ist, neue Preise erst nach einer bestimmten Zeit nach der Meldung zu verlangen¹⁾. Ein Beispiel findet sich in einem sogenannten Lauterkeitsvertrag der Hersteller von Transportbändern, der u. a. folgende Klausel enthielt:²⁾

Änderungen der Preise, Rabatte und Geschäftsbedingungen gelten als bekanntgemacht, wenn sie dem anderen Vertragspartner 10 Tage vor Inkrafttreten zugestellt sind.

II. Ähnliche Wirkungen gehen von einer Abmachung mit dem Inhalt aus, auf eine durchgeführte Preisänderung erst nach einer bestimmten Frist eine weitere Änderung folgen zu lassen; es wird z. B. vereinbart, daß auf eine Preisänderung die nächste Änderung erst nach einer Frist von 14 Tagen folgen darf.

III. Ebenfalls als Zusatz zu open-price-Verträgen findet sich die Verpflichtung zum Festhalten an den gemeldeten Preisen.

Die Teilnehmer verpflichten sich, ihrer Treuhandstelle ihre gegenwärtigen Marktdaten einzureichen und daran festzuhalten, bis Abweichungen davon der Treuhandstelle zum Zwecke der Weitergabe an die übrigen Mitglieder gemeldet worden sind. Diese Vereinbarung läuft dann darauf hinaus, daß nur zu den dokumentierten Preisen verkauft werden darf.

Eine derartige Verpflichtung fand sich etwa im Vertrag der Linseed Oil Hersteller. Diese hatten alle Daten an ein Verbandsbüro zu melden und an den gemeldeten Preisen solange festzuhalten, bis ihrem Zentralbüro die Änderungen gemeldet worden waren.³⁾

Verpflichtungen dieser Art fanden sich auch in deutschen open-price-Verträgen. Als Beispiel kann der bereits genannte Lauterkeitsvertrag der Hersteller von Transportbändern herangezogen werden, der u. a. auch folgende Verpflichtung enthielt:

Es wird als unlauter angesehen, wenn ein Hersteller einem Händler oder Verbraucher irgendwelche unmittelbaren oder mittelbaren Sondervorteile gewährt, die über seine jeweils geltenden und bekanntgegebenen Preise, Rabatte und Lieferungs- und Zahlungsbedingungen hinausgehen.⁴⁾

¹⁾ Behrens, das ops S. 108

²⁾ Zur Zulässigkeit von Wettbewerbsregeln: Aufforderung zur Äußerung und Stellungnahme durch den BWM in WuW/E/BWM 63.

³⁾ Linseed Oil Co v. US 262 US 371 zit. n. Mestmäcker, Diss. S. 124.

⁴⁾ WuW/E/BWM 63; S. a. WuWE/BWM 34 u. 35.

Eine Variation dieser Verpflichtung ist darin zu sehen, daß die Beteiligten zwar grundsätzlich verpflichtet sind, zu den dokumentierten Preisen zu verkaufen, daß aber für Verkäufe zweiter Wahl oder nicht mehr marktgängiger Ware eine Ausnahme besteht.⁵⁾

IV. Das Bundeswirtschaftsministerium hat sowohl in diesen Vereinbarungen als auch in der Vereinbarung von Wartefristen einen Verstoß gegen die damals gültigen Dekartellierungsbestimmungen gesehen.⁶⁾

Neuere, dem Verfasser vorliegende deutsche open-price-Verträge sehen dementsprechend regelmäßig derartige Klauseln nicht mehr vor. Es findet sich vielmehr nur noch die Verpflichtung, Änderungen der Unterlagen unverzüglich mitzuteilen.⁷⁾

Dagegen findet sich die Verpflichtung, nur zu dokumentierten Preisen zu verkaufen, häufig in den sogenannten Nichtdiskriminierungsverträgen, durch die die Gleichbehandlung aller Kunden eines Lieferanten erreicht werden soll.

V. Schließlich ist als weitere Ergänzungsverpflichtung der Fall zu erwähnen, daß den Teilnehmern zur Pflicht gemacht wird, vor Abgabe eines Preisangebots an den Kunden die Information der Treuhandstelle einzuholen.⁸⁾ Eine derartige Verpflichtung ist dem Verfasser in Deutschland jedoch nicht bekanntgeworden.

5) Behrens, ops S. 108.

6) WuWE/BWM 63; ebenso die US-Rechtsprechung: Sugar Institute v. US 297 US 553 (586) zit. nach Mestmäcker Diss. S. 110.

7) Beispiel: Rundbrief einer op-Vereinigung. Änderungen dieser Unterlagen sind dem Treuhandbüro auf die gleiche Art wie die früher mitgeteilten Daten jeweils unverzüglich zu melden.

8) Behrens, S. 109.

Kapitel 3

DIE AUSWIRKUNGEN DER OPEN-PRICE-VERTRÄGE AUF DIE BILDUNG VON ANGEBOT UND NACHFRAGE.

§ 9: Ausgangspunkt.

I. Bei der Untersuchung der Einflüsse der open-price-Verträge auf die Bildung von Angebot und Nachfrage sowie die Preisentwicklung ist von den Auswirkungen der reinen Information - Mitteilung unbearbeiteter Daten - auszugehen und im Anschluß daran zu untersuchen, wie sich die Mitteilung bearbeiteter Daten - etwa Meldung von Durchschnittspreisen - auf die Marktverhältnisse auswirkt.

II. In der Vergangenheit hat die Volkswirtschaftslehre die Frage, welchen Einfluß umfassende Information aller Marktbeteiligten auf die Marktverhältnisse hat, weitgehend vernachlässigt.

Ansätze einer Darstellung dieser Frage finden sich zuerst bei Nelson.¹⁾

Nelson geht davon aus, daß der Preis eines Gutes und die sonstigen Kaufbedingungen in einer Marktwirtschaft nach dem Gesetz von Angebot und Nachfrage bestimmt würden. Dieses Gesetz funktioniere aber nur richtig, wenn alle Beteiligten über die Marktlage unterrichtet seien. Demnach würde ein Informationsverfahren, das zur allgemeinen Unterrichtung aller Marktbeteiligten führe, das Ergebnis bringen, daß sich die Preise selbständig auf dem Markt bildeten.²⁾

Dieses günstige Ergebnis wird jedoch nach Nelson's Ansicht durch das open-price-System nicht erreicht. Es könnte nur dann erreicht werden, wenn alle Marktbeteiligten die gesammelten Daten erhielten, was aber beim open-price-System meist nicht der Fall sei.

Die Information nur einer Marktseite habe im Gegenteil zur Folge, daß die am open-price-System beteiligte Marktseite ein Übergewicht über die Marktgegenseite erlange³⁾, auf Grund dessen höhere Preise erzielt werden könnten.

1) Nelson, S. 258 ff.

2) Siehe auch Menze, ops, S. 99, wonach die Durchschaubarkeit des Marktes eine Voraussetzung des Leistungswettbewerbs ist.

3) Ebenso Rinck, S. 108.

Den Grund für dieses Übergewicht sieht Nelson in der besseren Marktübersicht.⁴⁾ Nelson vertritt demnach die Ansicht, daß Information für beide Marktseiten den gesetzmäßigen Ablauf der wirtschaftlichen Austauschbeziehungen fördere, während Information nur einer Marktseite letztlich zu Störungen des Marktgeschehens führen müsse.

§ 10: Das open-price-System auf dem oligopolistischen Markt.

I. Diese Ansätze Nelsons bedürfen jedoch einer Vertiefung und Differenzierung.

1. Eine Betrachtung des Wirtschaftsgeschehens ergibt, daß sich die Wirtschaftsbeziehungen fast ausschließlich auf solchen Märkten abspielen, die sich in der Marktform des Oligopols befinden.^{5) 6)}

Unter einem Oligopol im wirtschaftswissenschaftlichen Sinne versteht man zunächst den Zustand, daß einige Anbieter oder Nachfrager auf dem Markt sind, die einen nicht unbeachtlichen Anteil am Gesamtangebot bzw. der Gesamtnachfrage haben;⁷⁾ ihre Einstellung zum Marktgeschehen kann damit charakterisiert werden, daß sie eine bestimmte Reaktion der Konkurrenten auf ihr eigenes Marktverhalten voraussehen.⁸⁾

Der oligopolistische Markt ist durch eine starke Labilität gekennzeichnet; kein Marktteilnehmer kann davor sicher sein, daß er durch eine selbständige Preissenkung nicht einen allgemeinen Preiskampf auslöst⁹⁾; diese Unsicherheit führt daher auch häufig zu einem starken, ja ruinösen Wettbewerb unter den Beteiligten.¹⁰⁾

4) Nelson sieht dieses Übergewicht aber mehr als einen theoretischen Vorteil an; in der Wirtschaftswirklichkeit könne infolge technischer Schwierigkeiten, bewußter Falschmeldungen und wegen der meist zu geringen Ausdehnung des Verfahrens in der jeweiligen Branche ein Einfluß, den außenstehende Mitbewerber auf die Preise ausübten, nicht überwunden werden. Jedoch konnten in gewissen Fällen bessere Preise erzielt werden, insbesondere von kleineren Produzenten. Diese Preise erreichten auch dann einen gewissen Grad von Einheitlichkeit, wenn die Mitglieder einen kontrollierenden Einfluß auf den ganzen Industriezweig ausübten.

5) Siehe dazu Fikentscher, Wettbewerb S. 33 ff.

6) Zum folgenden siehe: Bartholomeyczik in Gem. Komm. § 22, Anm. 58 ff mit weiteren Nachweisen; Axter, DB 1957/937 ff; Rasch, Der Begriff des Oligopols, WuW 1956/3 ff; Carell, S. 138; Eucken, S. 163.

7) v. Stackelberg, S. 206 ff.

8) Carell, S. 139.

9) BKA, DB 1961/94 (95); Fikentscher, Wettbewerb S. 54

10) Bartholomeyczik, Anm. 61; B. Röper, S. 202 ff.

In dieser Lage kann sich aber unter den Mitbewerbern die Erkenntnis durchsetzen, daß dieser Zustand für sie unvorteilhaft ist und sie werden versuchen, diese Unsicherheit abzubauen.¹¹⁾ Das kann vorwiegend dadurch erreicht werden, daß sie sich solidarisch gegeneinander verhalten und so ein Gruppenbewußtsein entwickeln.

Wie stark sich dieses Gruppenbewußtsein entwickelt, hängt jedoch im wesentlichen von der Übersichtlichkeit des Marktes ab.

Voraussetzung für ein solidarisches Verhalten der Mitbewerber untereinander ist, daß die einzelnen Unternehmer die Preise und sonstigen Daten über Mitbewerber genau kennen: Nur dann ist die gegenseitige Beachtung möglich.

Dieser Zustand des Vertrautseins mit den Daten der Konkurrenz ist auf Märkten mit weitgehend homogenen Gütern im wesentlichen gegeben, ohne daß es einer besonderen Übermittlung bedürfte. So sind auf dem Markt für Benzin, jedenfalls soweit es die großen Firmen betrifft, die Marktdaten allen Mitbewerbern ohne weiteres bekannt.

Dieser Zustand der Markttransparenz ist aber nicht auf allen Märkten gegeben. Stellt man sich einen Markt für eine bestimmte Art von Halbfertigfabrikaten vor, und geht man davon aus, daß dort keine besonderen Kenntnisse der Daten der Konkurrenz bestehen oder die Hersteller höchstens die Preise ihrer unmittelbaren Konkurrenten im Auge haben, so kann sich auf diesem Markt schon mangels Information ein oligopolistisches Verhalten nicht entwickeln.¹²⁾

Nun wäre es diesen Unternehmen zwar möglich, sich etwa die Preislisten aller Konkurrenten zu verschaffen; diese Information wäre jedoch recht lückenhaft.

Wird aber ein open-price-System eingeführt, so erfolgt eine vollständige Information über sämtliche relevanten Daten. Die Folge in der Mehrzahl der Fälle wird nun sein, daß das Marktverhalten der Konkurrenz schärfer beobachtet wird; es entsteht auch unter den Wettbewerbern des bisher unübersichtlichen und zersplitterten Marktes ein gegenseitiges Solidaritätsgefühl, das durch die regelmäßigen Zusammenkünfte noch verstärkt wird.

Hat sich aber dieses ausgeprägte Gruppenbewußtsein auf einem Markt entwickelt, so kann das zur Folge haben, daß keiner der Beteiligten mehr individuelle Preispolitik betreibt; es gilt das Prinzip der Preiseinheitlichkeit.¹³⁾

11) B. Röper, S. 215.

12) Hierzu und zum folgenden vor allem Heath, S. 477 ff.

13) BKA, DB 1961/94 (95)

Wieweit aber diese Auswirkung im Einzelfall eintritt, hängt weitgehend von der Struktur des Marktes ab.

Dieses Marktverhalten wird sich besonders dann ergeben, wenn bereits mehrere größere Unternehmen einzeln oder zusammen eine monopolistische Stellung auf dem Markt haben. In diesen Fällen hört der Preiswettbewerb regelmäßig ganz auf; Preissenkungen und Preiserhöhungen erfolgen nur noch nach gegenseitiger Abstimmung; der Wettbewerb verlagert sich auf den Qualitäts- und Servicewettbewerb; der Zustand gleicht weitgehend dem eines Kartells. Im weiteren Verlauf kann es auch dazu kommen, daß die schwächeren Unternehmen das stärkste als Preisführer anerkennen und sich in ihren Preisbewegungen nach dem Preisführer richten.

Ein Beispiel für ein solches marktbeherrschendes Oligopol sind die großen, in Deutschland tätigen Mineralölgesellschaften; sie verlangen für Benzin alle den gleichen Preis; senkt oder erhöht auch nur eine Gesellschaft ihre Preise, ziehen die anderen unverzüglich nach. Hier findet sich das starke Gruppenbewußtsein, bei dem jeder Preiswettbewerb als gefährlich und unsinnig erscheinen muß. Der Wettbewerb findet nur noch auf den Gebieten der Qualität und der Serviceleistungen statt.

Sind auf einem Markt dagegen nur zahlreiche kleinere Wettbewerber tätig, so wird auch eine umfassende Information nicht zu einem vollkommenen Wegfall des Preiswettbewerbs führen. Die einzelnen Wettbewerber, die sich bisher nur gegen ihre engeren Wettbewerber oligopolistisch verhalten haben, werden jedoch unter dem Einfluß der Information ihr Verhalten ändern und jetzt, wo sie Informationen über den ganzen Industriezweig erhalten, alle Wettbewerber in ihre Überlegungen einbeziehen.¹⁴⁾ Das wird zwar nicht zur Preiseinheitlichkeit führen: die Preise stehen jetzt jedoch auch nicht mehr beziehungslos nebeneinander, sondern jeder Wettbewerber beobachtet und berücksichtigt bei der Preisfestsetzung auch die Preise seiner Mitbewerber.

2. Da das open-price-System vor allem auf unübersichtlichen, zersplitterten Märkten für Rohmaterial und Halbfertigprodukte zu finden ist,^{15) 16)} auf denen größere Unternehmen kaum vorkommen, wird es daher

¹⁴⁾ Bericht des Leiters der brit. Kartellregisterbehörde, S. 4, Ziff. 14.

¹⁵⁾ Auch die dem Verfasser in Deutschland bekannten open-price-Verträge u. a. bei den Herstellern von Transportbändern, Schleifmitteln, Baustoffen, Drähten, Rohren, Schmiedeteilen, Aluminiumfolien, Sperrholz, Hartgeweben, Kunststoffen, Kurzwaren, sowie bei Ziehereien und Kaltwalzwerken; in den USA u. a. in der Mehlerstellung, Zucker-, Öl-, Holzindustrie, in der Leder- und Textilindustrie und bei den Messingherstellern: zum letzteren Tosdal, S. 345 ff; Withney, S. 50.

¹⁶⁾ Lohmann, S. 519.

unter dem Einfluß der open-price-Arbeit nur selten zu völliger Preiseinheitlichkeit kommen; dagegen ist die Frage nach Preisangliederung, Preisstabilität und Preiserhöhung unter dem Einfluß des open-price-Systems von besonderer Bedeutung.

- a) Auf Grund des nun im Oligopol herrschenden Gruppenbewußtseins wird ein Unternehmer nur selten Preise verlangen, die wesentlich über denen seiner Mitbewerber liegen, da er fürchten muß, sein Geschäft zu verlieren; er wird aber auch davor zurückschrecken, niedrigere Preise als seine Konkurrenz zu fordern, weil er dann deren Gegenmaßnahmen zu befürchten hat.

Somit werden im Oligopol die Preise die Tendenz zeigen, sich aufeinander zuzubewegen; eine weitgehende Angleichung wird Platz greifen.¹⁷⁾

Dabei brauchen die Preise nicht stabil zu sein, aber sie werden doch dahin tendieren: Zwar werden durch Marktkräfte hervorgerufene Preisänderungen, sofern sie erst von einem Mitbewerber durchgeführt worden sind, auch von den anderen vollzogen;¹⁸⁾ im übrigen aber werden Preisänderungen seltener vorkommen, weil dadurch ein allgemeiner Preiskampf ausgelöst werden könnte, der möglichst vermieden werden soll.

- b) Weiter ist von Interesse, ob das Verfahren auch einen Einfluß auf die Höhe der Preise hat.

Eine abschließende Beantwortung dieser Frage bereitet Schwierigkeiten.

Sicher ist es keinesfalls immer so, daß bei eintretender Preiseinheitlichkeit der von den Beteiligten geforderte Preis immer der höchste der bisher verlangten Preise ist; es ist vielmehr durchaus möglich, daß ein Teilnehmer, der sieht, daß er den höchsten Preis der Branche fordert, seine Preise herabsetzt, um seinen Umsatz zu erhöhen; andererseits wird aber auch vielleicht ein Teilnehmer, der bisher niedrigere Preise verlangt hat, seine Preise erhöhen, wenn er erkennt, daß die Marktlage es ihm gestattet.¹⁹⁾

Eine allgemeine Antwort auf die gestellte Frage ist daher nicht möglich.

Häufig wird jedoch die Information nur einer Marktseite dieser einen Wettbewerbsvorsprung geben, der ein besseres Taktieren auf dem Markt gestattet; diese Überlegenheit kann im Zusammenwirken

¹⁷⁾ s. Heath, S. 477.

¹⁸⁾ Vergleiche etwa die Benzinpreisänderungen während der Suez-Krise oder die Preiserhöhungen der deutschen Illustrierten-Zeitschriften.

¹⁹⁾ Deringer u. Tessin, S. 19.

mit dem gesteigerten Gruppenbewußtsein und der unter Umständen eintretenden psychologischen Verhärtung²⁰⁾ auf der Anbieterseite durchaus geeignet sein, zu schlechteren Geschäftsbedingungen, besonders höheren Preisen, für die Abnehmer zu führen.

3. Weiter ist zu erörtern, wie sich die Formen des open-price-Systems, die sich nicht auf reine Information beschränken, auf die Marktverhältnisse auswirken.

- a) Erstreckt sich das Informationsverfahren auch auf bearbeitete oder ausgewählte Daten, wie etwa Durchschnittspreise oder die jeweils höchsten oder niedrigsten Preise, so wird sich der Prozeß der Preisangleichung regelmäßig noch schneller entwickeln.

Besonders die Mitteilung der Durchschnittspreise wird häufig dazu führen, daß diese Preise von Mitgliedern übernommen werden, besonders von kleineren Firmen, deren Kalkulationswesen oft nicht hinreichend ausgebaut ist und die daher geneigt sein werden, den Durchschnittspreis als richtigen und vertretbaren Preis anzusehen.

- b) Besonderer Beachtung bedarf auch die Mitteilung zukünftiger Listenpreise.

Kündigt z. B. ein Unternehmen an, es werde am 30.6. des Jahres seine Preise um x DM erhöhen oder herabsetzen, so werden sich die Mitbewerber auf jeden Fall überlegen, was sie zu diesem Zeitpunkt tun sollen; häufig werden sie sich dann dem angekündigten Vorgehen anschließen und ebenfalls die Preise erhöhen oder senken, um nicht hinter den Konkurrenten zurückzubleiben.

Die Auswirkungen werden nicht in solchem Umfang eintreten, wenn die Mitbewerber erst nachträglich von der Änderung erfahren, denn dann konnten sie z. B. schon feststellen, daß sie trotz niedriger Preise auf Grund einer gesteigerten Nachfrage besser im Geschäft liegen als wenn sie die Preise auch erhöht hätten.

- c) Ein Sonderfall der Mitteilung zukünftiger Preise, der besonderer Erörterung bedarf, ist die Mitteilung von Angeboten vor Ausschreibungs- oder Angebotsschluß sowie die Mitteilung beabsichtigter Angebote.

Reichen hier Unternehmer ihre Angebote nach Kenntnisnahme von den Konkurrenzangeboten ein, wird man diese kaum noch als das Ergebnis selbständiger wirtschaftlicher Kalkulation und Unternehmensführung ansehen können.

²⁰⁾ Rinck, S. 108.

Das Gleiche muß gelten, wenn es dem Unternehmer nach den Ausschreibungsbedingungen freisteht, ein zweites verändertes Angebot einzureichen und es von dieser Möglichkeit Gebrauch macht.

In allen diesen Fällen wird sich der Unternehmer, falls er wirklich Interesse hat, das Geschäft abzuschließen, weitgehend an den Daten seiner Konkurrenten orientieren.

- d) Wenn auch in den meisten Fällen die Meldungen anonym, d. h. ohne Nennung der Namen der Beteiligten erfolgen, so werden gelegentlich auch mit den Namen versehene Meldungen erstattet. Bei dieser Art der Durchführung liegt besonders die Gefahr nahe, daß die Daten großer und erfolgreicher Unternehmen von kleineren Herstellern übernommen werden²¹⁾; es kann dadurch auch zu einer Preisführerschaft kommen.
- e) Schließlich ist die Verpflichtung, neue Preise erst eine gewisse Zeit nach der Meldung zu praktizieren (waiting periods) eine Beschränkung des Rechts, jederzeit neue Preise und Konditionen festzusetzen.

Ebenso enthält die Verpflichtung, Änderungen der Geschäftsbedingungen jeweils erst nach einer bestimmten Zeit vorzunehmen, sowie die Verpflichtung, keine Änderung der Preise ohne vorherige Anmeldung durchzuführen, eine Erschwerung des unabhängigen Marktvorgehens.

Dadurch beeinträchtigen diese Zusätze die freie Entwicklung der Preise und sonstigen Geschäftsbedingungen und führen dadurch häufig zu Preiseinheitlichkeit, Preisstabilität und auch zu Preiserhöhungen.²²⁾

²¹⁾ Bericht des Leiters der brit. Kartellregisterbehörde, S. 3, Ziff. 12.

²²⁾ Die in den Codes der NIRA-Zeit eingeführten waiting-periods führten zu einer sehr starken Erhöhung der Preise; Lyon-Abramson, Economics of open-price-System, zit. nach Mestmäcker, offene Preise, WuW 1955/155 (159).

4. Als Ergebnis der Untersuchung kann man daher festhalten, daß das open-price-Verfahren geeignet ist, atomisierten Wettbewerb auf einem Markt in die Form des Oligopols zu überführen und dadurch Preisangleichung und in gewissem Umfange auch Preisstabilität und Preiserhöhung hervorzurufen.²³⁾

Dabei muß aber berücksichtigt werden, daß die geschilderten Auswirkungen zwar häufig eintreten werden, aber daß dieses keineswegs eine notwendige Folge der Preisinformation ist. Inhomogenität der auf dem Markt gehandelten Güter, geringe Gruppenloyalität, starker Angebots- und Nachfrageüberhang oder unterschiedliche Bewertung durch die Kunden können die Ursache dafür sein, daß das Informationsverfahren ohne wesentliche Außenwirkungen bleibt.²⁴⁾

Man wird aber trotzdem allgemein sagen können, daß in aller Regel die Streuung der Preise viel enger sein wird, wenn Preisinformationen durchgeführt werden als in solchen Fällen, in denen es nicht geschieht.²⁵⁾

23) Nelson S. 272; Withney, S. 65; Im Urteil gegen die Maple Flooring Manufactures aaO. führt Justice Stone aus, daß es nach seiner Meinung keinem Zweifel unterliege, daß die Verbreitung einschlägiger Informationen über irgendeinen Handels- oder Geschäftszweig dahin tendiere, die Märkte zu stabilisieren und einheitliche Preise und Handelsbräuche hervorzurufen; Lehnich S. 30; Mestmäcker, Diss. 189; (abweichend: Offene Preise S. 160); Clark, The American Economic Review 1940/243 ff, der die Gleichpreisigkeit auf die Schwierigkeit zurückführt, Preiserhöhungen im Rahmen eines ops durchzuführen. Fikentscher, Wettbewerb S. 56, er führt aus, daß ein open-price-System bewirke, daß ehemals im Wettbewerb stehende Industriegruppen durch Informationsverfahren in den Zustand des wettbewerbsbeschränkenden Oligopols mit fehlendem Wettbewerb nach innen und marktbeherrschender Stellung nach außen überführt würden. Dagegen äußert sich Krahe, Kartellbegriff, WuW 1959/615 (617) über etwa eintretende gleiche Preise in dem Sinne, daß ein gleicher Preis die Regel sei, sofern eine vergleichbare Ware und ein genügender Wettbewerbsdruck vorliege. Rinck, S. 107, führt aus, daß eine Verringerung der Bereitschaft zur Preiselastizität und eine Verringerung der Variationsbreite der Preise eintrete. Sölter, Betriebsvergleiche, WuW 1952/527; Lohmann, S. 526 meint, das open-price-System wirke wie ein Kartell; Heath, S. 477.

24) Dazu auch Lohmann, S. 526.

25) Heath, S. 478.

II. Entgegen diesen Feststellungen wird jedoch auch vielfach behauptet, daß Information über das Marktgeschehen dem Wettbewerb förderlich sei ²⁶⁾, daß ihm sogar wettbewerbsverbreiternde Wirkung zukomme. ²⁷⁾

1. Soweit behauptet wird, das open-price-System fördere den Wettbewerb, wird jedoch ein entscheidender Punkt übersehen.

Eine Betrachtung der vorkommenden open-price-Systeme ergibt, daß sich diese ausschließlich auf einer Marktseite, nämlich der Angebotsseite der Märkte finden; ²⁸⁾ eine Unterrichtung der anderen Marktseite über die ermittelten Daten ist regelmäßig nicht vorgesehen. Während aber nun eine Unterrichtung beider Marktseiten geeignet erscheint, den Wettbewerb zu fördern ²⁹⁾, läßt sich das von der nur einseitigen Unterrichtung nicht behaupten; die einseitige Unterrichtung fördert nicht den Wettbewerb, sondern verschafft der einen Marktseite ein Übergewicht über die andere und führt - wie dargelegt - damit zur Verzerrung und Abschwächung des Wettbewerbs.

2. Auch soweit dem open-price-System wettbewerbsverbreiternde Wirkung zugeschrieben wird ³⁰⁾, erweist sich diese bei näherer Betrachtung als praktisch bedeutungslos.

²⁶⁾ Rautenberg S. 2238; Sölter, Preisdiziplin, DB 1950/500 (501); Menze, ops, S. 99, wonach die Durchschaubarkeit des Marktes eine Voraussetzung des Leistungswettbewerbs ist.

²⁷⁾ Behrens, das ops., S. 106 ff.

²⁸⁾ Zumindest ist dem Verfasser kein Fall eines open-price-Systems auf der Nachfrageseite bekannt geworden. (s.a. Menze, Diskussion, S. 343). Für diese einseitige Verbreitung des Verfahrens mag es verschiedene Gründe geben. So war die Zusammenarbeit auf der Angebotsseite schon immer intensiver als auf der Nachfrageseite, ferner dürfte es den Nachfragern leichter sein, sich die sie interessierenden Daten selbst zu beschaffen. Jedenfalls liegen die Gründe nicht in der Natur des Verfahrens, denn ein Meldeverfahren könnte auch auf der Nachfrageseite mit Erfolg durchgeführt werden.

²⁹⁾ Rinck, S. 108; a.A. Krusche (S. 14, 29): er führt unter Berufung auf Haerry - Die Intensität des Wettbewerbs 1954, S. 100, - aus, daß Wettbewerb nur dann gegeben sei, wenn zwischen den Marktbeteiligten Ungewißheit bestehe.

An dieser Ansicht ist sicher zutreffend, daß eine vollkommene Unkenntnis der Marktlage tatsächlich zu völliger Selbständigkeit im Marktverhalten führen muß. Ob allerdings eine völlige Unkenntnis aller Marktdaten auch den Wettbewerb fördert, erscheint doch zweifelhaft, denn wenn ein Unternehmer überhaupt nicht weiß, was seine Konkurrenten tun, wird das Bestreben, den anderen zuvorkommen, regelmäßig entfallen. Dadurch würde zwar nicht jeder Wettbewerb entfallen; eine Verstärkung des Wettbewerbs wäre jedoch nicht zu erwarten.

³⁰⁾ Behrens, ops, S. 106 f.

Zwar könnte an sich die Möglichkeit, sich durch Benutzung der gesammelten Daten über die Verhältnisse in einer Branche zu informieren, Unternehmen, die in dieser Branche noch nicht tätig sind, dazu verlocken, in den betreffenden Markt einzudringen, da ihnen dieses Vorhaben durch die Kenntnis der Kundenkreise, Markttendenzen, Markttechniken, Marktgewohnheiten, die sie aus den gesammelten Daten entnehmen könnten, erleichtert würde.

Das würde jedoch voraussetzen, daß die Informationen auch solchen Unternehmen zugänglich gemacht würden, die in der Branche noch nicht tätig sind und die demnach in aller Regel an dem Vertrag nicht beteiligt sind.³¹⁾ Alle dem Verfasser bekannten open-price-Verträge sehen jedoch strenge Geheimhaltung gegenüber Außenseitern vor, so daß eine Verbreiterung der Wettbewerbsbasis durch das open-price-System nicht erreicht wird. Allenfalls erscheint es möglich, daß bereits in der Branche tätige, am Vertrag beteiligte Firmen ihr Sortiment auf Grund der durch die Meldungen empfangenen Anregungen erweitern.

III. Es fragt sich aber nun, ob die gefundenen theoretischen Ergebnisse durch Untersuchungen der Wirtschaftspraxis, vor allem statistische Erhebungen, untermauert werden können. Derartige Untersuchungen liegen bisher nur aus den USA vor.

1. Die Federal Trade Commission der USA führte in den 20er Jahren eine groß angelegte Untersuchung darüber durch, welchen Einfluss die Tätigkeit der open-price-associations auf die Preisgestaltung der Mitglieder habe.³²⁾ Leider konnte die Untersuchung wegen Mangels an geeigneten Daten schließlich nur auf die Preisstabilität erstreckt werden. Das Ergebnis ihrer Untersuchungen faßte die Kommission dahingehend zusammen, daß die Ungenauigkeit der Daten, zusammen mit der Geringfügigkeit der Unterschiede in der Preisstabilität zwischen Preisen von Mitgliedern und Nichtmitgliedern nur den Schluß zulasse, daß open-price-associations "ihren Industrien nicht sehr ergiebige Resultate verschafften"; es wurde festgestellt, daß die Preisstabilität mehr von der Art des Produkts abhing als von der Tätigkeit der open-price-associations.

Eine weitere statistische Untersuchung, ausgearbeitet von Withney selbst³³⁾, befaßt sich mit der Entwicklung der Preise in dem bekannten Sugar-Institute Fall.

Die dazugehörige Tabelle zeigt Zahlen für 5 Jahre vor und nach Einrichtung des Instituts als open-price-associations.

³¹⁾ Ein Fall, daß eine Firma, die die betreffenden Erzeugnisse noch nicht herstellt, Mitglied eines open-price-Systems dieser Branche geworden wäre, ist dem Verfasser nicht bekannt.

³²⁾ Die nachfolgenden Ergebnisse und Statistiken sind zitiert nach Withney, S. 53 ff.

³³⁾ Withney, S. 57.

I	Price uniformity		Price stability		stability of operations
	Average number of simultaneous quotations; ten refineries	Average range of quot, in cents per 100 pounds	Number of price changes during year	Average size of price change in cents per 100 pounds	Mean percentage deviation of monthly refinery activity from annual mean
1923	2.5	28.4	67	20.0	
1924	3.1	27.4	48	16.4	
1925	2.7	18.5	43	9.4	18.9 %
1926	2.9	21.0	42	10.1	12.4
1927	2.7	18.6	36	11.1	16.6
1928	1.4	5.0	28	9.8	13.5
1929	1.1	10.0	19	16.1	15.5
1930	1.3	22.7	22	13.4	15.7
1931	1.0	7.5	21	10.0	19.6
1932	1.1	5.6	16	9.4	16.2

Aus dieser Statistik lassen sich folgende Schlüsse ziehen:

Die einzigen Trends sind die abnehmende Anzahl der Preisangebote, die zur gleichen Zeit abgegeben wurden, der abnehmende Zwischenraum zwischen höchstem und niedrigstem Angebot und die abnehmende Anzahl von Preiswechseln während eines Jahres.

Withney selbst kommt dann aber zu dem Schluß, daß die Daten, obwohl sie auf angestiegene Einheitlichkeit und zunehmende Stabilität hinweisen, nicht schlüssig seien. Die Verschiedenheit der Angebote vor Errichtung des Instituts sei oft mehr scheinbar als wirklich gewesen; Geschäfte seien selten zu einem anderen Preis als dem niedrigsten gemacht worden. Gleichermäßen müsse die anwachsende Stabilität anderen Aspekten als der Arbeit des Instituts auf dem Gebiete der Preisberichterstattung zugerechnet werden.

Trotz dieser wohl zutreffenden Schlußfolgerungen Withneys kann aber ein gewisser Trend zur Preiseinheitlichkeit nicht geleugnet werden.

Eine weitere Untersuchung, die im Frühjahr 1934 von der Consumer Adversory Board der NIRA durchgeführt wurde, zeigt wiederum Daten über den Einfluß der open-price-Verträge auf die Gleichförmigkeit der Preise. Bei einem Vergleich der ersten, nach Annahme der codes mit dem open-price-Plan gültigen Listen mit den zuletzt erhältlichen Listen ergaben sich folgende Ergebnisse:

II	Number of products	Number of industries, having plurality of a products in class
First list filed:		
All prices identical	1321	23
More than half identical	742	7
Half or less identical	55	1
None identical	211	7
Total comparable data	2329	38
Latest list filed:		
All prices identical	1958	38
More than half identical	189	3 1/2
Half or less identical	31	2
None identical	172	4 1/2
Total comparable data	2377	48
Both lists, identical prices only		
Identily found at highest price	638	8
Identily found between highest and lowest	219	7 1/2
Identily found at lowest price	234	8 1/2
Total data included	1091	24

Diese Tabelle erweckt erhebliche Bedenken gegen das open-price-System. Aus ihr ergibt sich, daß die Preise auf Grund der Preisberichterstattung zur Einheitlichkeit tendieren und daß sie allgemein Neigung zeigen, sich an einem Punkt zu sammeln, wobei nur einige wenige Firmen eine Ausnahme machen und billiger verkaufen. Dieses Ergebnis stimmt vollkommen mit den bei der Untersuchung des oligopolistischen Verhaltens gefundenen Ergebnissen überein.

Eine weitere, sehr ausführliche Untersuchung wurde von der Price Unit of the Research and Planning Division der NIRA durchgeführt.

In dieser Untersuchung wurde ein Vergleich über das relative Anwachsen der offenen und nicht offenen Preise während des ersten Jahres der NIRA auf der Grundlage der monatlichen Großhandelspreise angestellt.

Bei der Untersuchung wurden nur wirtschaftlich gleichartige Produkte berücksichtigt.

Die ersten beiden open-price-codes traten am 15.8. und 29.8.1933 in Kraft, aber da die Preislisten nicht sofort ausgefüllt wurden, ist August 1933 der letzte "precode" Monat.

Die Häufigkeitsverteilung (frequency distribution) der Bewegungen der ganzen 363 Serienpreise ist auf der Tabelle 3 dargestellt.

III

Number of prices changing as indicated

Percentage change	Decline 1926 (average) to Febr. 1933		Advance, Febr. 1933 to Aug. 1933		Advance, Aug. 1933 to Aug. 1934	
	open	secret	open	secret	open	secret
- 50 to - 40.1						3
- 40 to - 30.1					1	2
- 30 to - 20.1			1		5	6
- 20 to - 10.1	2	1	2	3	11	30
- 10 to - 0.1	4	4	10	7	33	26
0 to - 9.9	18	9	86	59	75	60
10 to - 19.9	29	21	31	20	36	32
20 to - 29.9	34	26	14	17	15	10
30 to - 39.9	35	23	15	13	2	7
40 to - 49.9	27	30	7	12	2	2
50 to - 59.9	20	33	3	13		3
60 to - 69.9	7	23		12		
70 to - 79.9	5	10	2	7	1	1
80 to - 89.9		2	1	4		
90 to - 99.9			1	5		
100 to - 100.9				5		
110 to - 119.9			1	1		
120 to - 129.9			1	2		
130 to - 139.9			1	2		
140 to - 149.9			4			
150 to - 159.9						
160 to - 169.9						
170 to - 179.9			1			
Total prices	181 31%	182 42, 3%	181 9%	182 21, 2%	181 5, 4%	182 4%

Auf Tabelle IV dagegen ist eine Anzahl von Durchschnittswerten dargestellt.

	Number of prices	Decline 1926 (average) to Febr. 1933	Advance Febr. 1933 to Aug. 1933	Advance Aug. 1933 to Aug. 1934
Codes with waiting period	73	25,7 %	8,5	7,7
Codes without waiting period	84	33,1	16,7	5,4
Codes with past price reporting	24	40,2	55,7	-5,1
All op codes	181	31,1	18,5	4,9
other codes	130	39,8	35,2	0,5
Prices not under approved codes	52	40,0	23,3	8,2
All non agricultural codes	707	36,3	13,3	8,1

Dazu ist festzustellen,³⁴⁾ daß Waren, die nachher Gegenstand eines Preismeldeverfahrens wurden, langsamer abnahmen als andere Waren, sich aber auch langsamer bis August 1933 erholten. Dabei sind die Tendenzen am hervorstechendsten bei codes mit Wartefristen; sie treten am wenigsten hervor bei codes, die die Meldung vergangener Preise vorsehen.

Nach August 1933 ist besonders bemerkenswert das Anwachsen der offenen Preise um 0,5%.

Es muß jedoch beachtet werden, daß diese statistischen Ergebnisse der Tabelle IV nur bedingt zutreffende Schlüsse zulassen. Nach Withney befinden sich unter den am open-price-System beteiligten Waren hauptsächlich solche, deren Preise träger sind als die anderer Waren; darüberhinaus nimmt Withney an, daß in den meisten am open-price-System beteiligten Industriegruppen eine Marktkontrolle durchgeführt wurde, die zu einer Verzerrung der Ergebnisse führe. Auch die starken Unterschiede, die bei den Waren unter codes mit Wartefristen und codes mit Meldung der vergangenen Preise zu beobachten sind, erklären sich teilweise daraus, daß bei den Firmen, die die Meldung der vergangenen Preise vereinbart hatten, die Hersteller von Halbzeugen dominierten, bei denen die Erholung früher kam als auf anderen Gebieten.

³⁴⁾ Withney, S. 60.

Eine Klassifikation der Preisbewegungen nach Warengruppen zeigt die folgende Tabelle V:

	Mean Percentage Movement							
			Decline 1926 (average) to Febr. 1933		Advance Febr. 1933 to Aug. 1933		Advance Aug. 1933 to Aug. 1934	
	open	secret	open %	secret %	open %	secret %	open %	secret %
Fruits and Vegetables	13	6	31.2	46.8	8.6	43.5	10.4	20.2
Other foods	14	22	40.2	49.5	15.3	23.4	5.8	9.9
Clothing	2	18	38.0	39.3	16.7	36.9	16.0	3.6
Cotton goods	8	24	43.5	48.8	127.8	79.1	-11.4	- 1.9
Unit goods	3	5	26.5	55.4	13.3	52.8	- 0.8	- 6.3
Silk and rayon	3	10	69.2	69.0	43.8	27.4	-28.0	-16.0
Other textil products	14	2	45.1	38.9	32.6	26.1	- 2.9	-14.6
Iron and Steel	46	17	21.5	16.2	6.1	8.8	8.5	5.1
Nonferrous metals	9	11	46.4	43.6	39.3	40.0	2.1	5.2
Paint and paint materials	7	24	41.1	28.5	18.1	11.9	14.4	4.0
Other Building materials	18	6	26.5	26.7	11.5	3.9	3.9	- 4.8
Furnishings	19	20	26.0	32.4	7.5	22.4	7.2	0.9
Pape and pulp	7	4	37.6	37.5	19.1	40.0	6.7	- 5.5
Other miscel- aneous	18	13	25.1	43.2	5.4	26.6	4.2	5.9
Mean of sub- group means			37.0	41.1	26.1	31.6	2.6	0.5

Aus dieser Tabelle ergeben sich Feststellungen, die den aus den beiden vorigen Tabellen herausgelesenen Ergebnissen über das stärkere Anwachsen der offenen Preise weitgehend widersprechen: Die nicht offenen Preise stiegen oder fielen rascher als die offenen Preise in nicht weniger als 7 der 14 Untergruppen. Es ist daher der Schluß möglich, daß die open-price-Systeme auf die Höhe der Preise sowie auf die Preisstabilität keinen mit der erforderlichen Sicherheit feststellbaren Einfluß haben.

Bei einer zusammenfassenden Würdigung dieser Ergebnisse muß zunächst beachtet werden, daß die überwiegende Anzahl der codes Wartefristen enthielt, die erfahrungsgemäß besonders geeignet sind, Preiseinheitlichkeit und Preiserhöhung herbeizuführen.

Weiter ist unklar, inwieweit die open-price-Systeme nur als Mittel zur Marktkontrolle und Preisfestsetzung benutzt wurden. Es genügt aber schon, daß nur bei einigen Verträgen eine gewisse Preisfestsetzung durchgeführt wurde, um erhebliche Veränderungen des statistischen Bildes herbeizuführen.

Aber auch bei Beachtung dieser Fehlerquellen ergibt sich aus den vorliegenden Erhebungen eindeutig eine anwachsende Einheitlichkeit der Preise;³⁵⁾ daneben tritt eine Tendenz zum Anwachsen der Preise und zur Preisstabilität nur sehr unregelmäßig hervor. Dieses Ergebnis stimmt mit dem Ergebnis der oben durchgeführten theoretischen Untersuchung über die Auswirkungen der Information auf die Marktverhältnisse durchaus überein, die ergeben hatte, daß zwar Preiseinheitlichkeit von der Einführung eines Informationsverfahrens zu erwarten ist, aber eine sichere Prognose hinsichtlich Preiserhöhung und Preisstabilität nicht gegeben werden kann. Die in einzelnen Fällen vorkommenden Schwankungen der Ergebnisse bestätigen, daß bei besonderen Umständen Außenwirkungen ausbleiben können.

3. Bezüglich der mangelnden Eignung des Verfahrens zur Herbeiführung von Preisstabilität sei auch noch auf ein deutsches Beispiel verwiesen:

Ein open-price-System der Hersteller von Metallreißverschlüssen hat den jahrelang sich hinziehenden Preisverfall in dieser Branche, der hauptsächlich auf die Konkurrenz der Kunststoffreißverschlüsse zurückzuführen war, in keiner Weise aufhalten können.

³⁵⁾ Ebenso Withney, der meint, das einzige, was klar bewiesen sei, sei eine anwachsende Einheitlichkeit der Preise; S. 65.

Kapitel 4

DIE VEREINBARKEIT DES OPEN-PRICE-SYSTEMS MIT § 1 GWB.

§ 11: Vorbemerkung.

I. Die Untersuchung, ob das open-price-System mit § 1 GWB vereinbar ist, wird dadurch erschwert, daß es nicht das open-price-System gibt, sondern daß sich hinter der Sammelbezeichnung open-price-System eine Vielfalt von Informationsmöglichkeiten in verschiedenen rechtlichen Ausgestaltungen verbirgt.

Es ist daher auch nicht möglich, das open-price-System auf seine Vereinbarkeit mit § 1 GWB zu untersuchen; vielmehr ist für jede Ausgestaltung des open-price-Systems gesondert zu prüfen, ob sie mit § 1 GWB vereinbar ist.

II. Trotz dieser Unterschiede im einzelnen läßt sich jedoch vorab feststellen, daß einzelne Tatbestandsmerkmale des § 1 GWB von allen open-price-Verträgen unzweifelhaft erfüllt werden. Die Beteiligten sind immer Unternehmen und sie betätigen sich ausschließlich auf Märkten für Waren und gewerbliche Leistungen.

Für die Frage, ob die einzelnen open-price-Verträge gegen § 1 GWB verstoßen, ist daher nur die Frage von Bedeutung, ob

ein Vertrag oder Beschluß zu einem gemeinsamen Zweck vorliegt, der geeignet ist, die Marktverhältnisse ¹⁾ durch Wettbewerbsbeschränkung zu beeinflussen.

Von der Beantwortung dieser Frage hängt es ab, ob der jeweilige Vertrag gegen § 1 GWB verstößt oder nicht.²⁾

¹⁾ Es genügt, von einer Beeinflussung der Marktverhältnisse zu sprechen, da jede Beeinflussung der Erzeugung, gleichgültig, ob Urerzeugung, Be- oder Verarbeitung sich auf die Marktverhältnisse auswirkt. - Lukes S. 111.

²⁾ S. auch Menze, Möglichkeiten S. 19.

§ 12: Das Tatbestandsmerkmal - Vertrag zu einem gemeinsamen Zweck oder Beschluß einer Vereinigung von Unternehmen.

I. Vorbemerkung:

1. Die vorliegenden open-price-Abkommen werden regelmäßig als Vertrag oder Beschluß bezeichnet. Daher kann, sofern nicht besondere Umstände vorliegen, davon ausgegangen werden, daß die open-price-Verträge als rechtsverbindliche Abmachungen gewollt sind, denn mit den Begriffen "Vertrag" und "Beschluß" werden im Rechtsverkehr grundsätzlich bindende Abmachungen bezeichnet; daß diese Begriffe auch in den open-price-Abkommen in diesem Sinn gebraucht werden, zeigt der regelmäßig in den Abkommen zu findende Gebrauch von Formeln, wie "die Beteiligten verpflichten sich" oder "die zu übersenden- den Unterlagen sind".

Daneben ergibt sich der bindende Charakter der Abmachungen auch aus der Androhung von Vertragsstrafen gegen in der Erfüllung ihrer Pflichten säumige Mitglieder.

2. In seltenen Fällen kommt es aber auch vor, daß Unternehmen Marktdaten, vor allem Preislisten austauschen und die Beteiligten sich dabei einig sind, daß rechtliche Bindungen durch ihr dem Austausch zugrundeliegendes Übereinkommen nicht entstehen sollen.

Da in diesen Fällen eine bindende Verpflichtung gegenüber den anderen Beteiligten nicht vorliegt, steht es daher jedem beteiligten Unternehmen jederzeit frei, vom Austausch der Daten zurückzutreten. Je nachdem, welche Form die Beteiligten gewählt haben, ergeben sich Unterschiede in der rechtlichen Beurteilung.

II. Die Rechtslage bei Vorliegen bindender Abmachungen zwischen den Parteien.

1. Verträge zu einem gemeinsamen Zweck.

a) Sofern dem open-price-System ein Vertrag zugrundeliegt, findet sich meist die Ausgestaltung, daß das Vertragswerk aus zwei Einzelverträgen besteht, einem Vertrag aller Teilnehmer untereinander und einem Treuhandvertrag aller Teilnehmer mit der Treuhandstelle.

aa) Grundlage des Vertragswerkes ist der Vertrag, in welchem sich die einzelnen Unternehmen zur Teilnahme an der open-price-Arbeit verpflichten und in dem die Durchführung des Verfahrens näher geregelt ist.¹⁾

1) Da dieser Vertrag eine Verpflichtung der Beteiligten begründet, kommt es hier auf die Streitfrage, ob § 1 GWB auch Verträge ohne Rechtsbindungswillen erfaßt, nicht an.

Ziel dieses Vertrages ist es, allen Beteiligten Informationen über die Marktlage zu verschaffen; zur Erreichung dieses Zieles liefern alle Mitglieder Informationen ein und leisten Geldbeiträge an die Treuhandstelle. Demnach handelt es sich bei diesem Vertrag um einen Gesellschaftsvertrag im Sinne von § 705 BGB.

§ 1 GWB verlangt demgegenüber das Vorliegen eines Vertrages zu einem gemeinsamen Zweck. Ob dieser Begriff sich mit dem des Gesellschaftsvertrages deckt oder weiter ist, ist nun zwar umstritten.²⁾ Unzweifelhaft ist aber, daß ein Gesellschaftsvertrag gemäß § 705 BGB ein Vertrag zu einem gemeinsamen Zweck im Sinne von § 1 GWB ist. Das ergibt sich aus der geschichtlichen Entwicklung des Kartellbegriffs im deutschen Recht.³⁾

Demnach ist nur noch zu prüfen, ob § 1 GWB einen bestimmten gemeinsamen Zweck verlangt, damit der Tatbestand des § 1 GWB insoweit erfüllt ist.

Einige Autoren⁴⁾ vertreten hier die Meinung, daß gemeinsamer Zweck des Vertrages wenigstens unter anderem die Wettbewerbsbeschränkung sein müsse. Diese Ansicht ist jedoch abzulehnen.

Als Zweck eines Vertrages kann das durch den Vertragsschluß angestrebte Ziel bezeichnet werden. Dieser erste Zweck kann selbst wieder Mittel zur Erreichung weiterer Zwecke sein. Der Zweck des Vertrages kann nicht dem Inhalt des Vertrages gleichgesetzt werden: Während der Inhalt des Vertrages in den Erklärungen der Parteien seinen Ausdruck findet, ist Zweck des Vertrages die vom Inhalt unabhängige Vorstellung der Parteien über ein bestimmtes Ziel, das durch den Vertrag und seine Durchführung erreicht werden soll. Es ist daher der Fall denkbar, daß ein Vertrag, der einen wettbewerbsbeschränkenden Inhalt hat, Ziele verfolgt, die nicht auf Herbeiführung einer Wettbewerbsbeschränkung gerichtet sind.

Wenn etwa von einer Krise bedrohte Unternehmen ein Preiskartell vereinbaren, so hätte dieser Vertrag einen wettbewerbsbeschränkenden Inhalt, während sein Zweck in der Rettung der beteiligten Unternehmen zu sehen wäre. Ungeachtet dieses wettbewerbsfördernden Zweckes - Erhaltung von Marktteilnehmern - wäre dieser Vertrag jedoch gemäß § 1 GWB unwirksam, da er einen wettbewerbsbeschränkenden Inhalt aufwiese. Denn entscheidend ist der Inhalt des Vertrages, während es auf den Vertragszweck nicht ankommt.

²⁾ Gegen die Notwendigkeit eines Gesellschaftsvertrages Hefermehl § 1 Anm. 18, Lukes S. 127;

³⁾ Begründung zum Entwurf § 1 Anm. 6.

⁴⁾ Frankfurter Komm. § 1 Tz 8; FAZ, Blick durch die Wirtschaft v. 3. 2. 60: Kartellumschau.

Das zeigt die Ausnahmegvorschrift des § 8 II GWB, die für solche Krisenkartelle eine Sonderregelung vorsieht; sie wäre nicht erforderlich, wenn es auf einen auf Wettbewerbsbeschränkung gerichteten Vertragszweck ankäme.

Demnach erscheint es zutreffend, als tatbestandsmäßig im Sinne des § 1 GWB, jeden beliebigen Zweck anzusehen.⁵⁾ Somit erfüllt der Vertrag, den die Unternehmen untereinander abgeschlossen haben, das Tatbestandsmerkmal "Vertrag zu einem gemeinsamen Zweck".

bb)

Dagegen bereitet die Subsumption des mit dem Gesellschaftsvertrag verbundenen Treuhandvertrages unter das Tatbestandsmerkmal "Vertrag zu einem gemeinsamen Zweck" Schwierigkeiten.

Dieser Vertrag, der zwischen der Treuhandstelle und den zu einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts vereinigten Unternehmen zustandegekommen ist, kann nämlich nicht als Gesellschaftsvertrag und somit als Vertrag zu einem gemeinsamen Zweck angesehen werden. Ein Vertrag ist dann ein Gesellschaftsvertrag, wenn sich mehrere Personen gegenseitig verpflichten, einen gemeinsamen Zweck durch ihr Zusammenwirken zu fördern.⁶⁾ Wesentlich ist, daß die Vertragsschließenden einen gemeinsamen Zweck verfolgen.⁷⁾ Letztlich verfolgen nun hier zwar alle Beteiligten den Zweck, das open-price-System abzuwickeln. Auf diesen letzten Zweck kann es jedoch nicht ankommen. Ein solcher letzter Zweck ließe sich für jeden Austauschvertrag auffinden. Entscheidend ist vielmehr der unmittelbar von den Vertragsparteien verfolgte Zweck. Dieser ist hier darin zu sehen, daß der Treuhänder - etwa ein Wirtschaftsberater - durch die Betreuung solcher Abkommen sein Gewerbe ausüben und dadurch Einkommen erzielen will, während die open-price-Vereinigung durch seine Beauftragung eine möglichst zuverlässige Durchführung des Informationsaustausches erstrebt. Es ist nun zwar auch möglich, daß bei einem Austauschvertrag so enge Beziehungen zwischen den Parteien entstehen, daß ein unmittelbarer gemeinsamer Zweck angenommen werden kann, so etwa bei lang dauernden Belieferungsverträgen.⁸⁾ Ein solcher Ausnahmefall, wie er nur sehr selten vorkommt,⁹⁾ liegt hier jedoch nicht vor.

⁵⁾Begründung zum Entwurf § 1 Anm. 3e; Fikentscher WuW/E/BGH/359 (367); Gleichmann WRP 1959/165 (167); Hefermehl § 1 Anm. 17; BGHZ 31/105 (110), Fikentscher, Sonstige Verträge in Hueck-Festschrift S. 543 f (548).

⁶⁾Enneccerus - Lehmann S. 726

⁷⁾BGH/NJW 1951 / 308.

⁸⁾⁹⁾Fikentscher, Sonstige Verträge S. 547.

Der Fall liegt nicht wesentlich anders, als wenn eine BGB-Gesellschaft einen Rechtsanwalt mit der Führung aller anfallenden Rechtsstreitigkeiten beauftragt. In allen diesen Fällen handelt es sich um Austauschverträge, in denen nicht unmittelbar gemeinsame Zwecke verfolgt werden und die ihrer Rechtsnatur als Geschäftsbesorgungsverträge gem. § 675 BGB anzusehen sind.

Der Treuhandvertrag mit der Treuhandstelle hängt jedoch in seiner rechtlichen Wirksamkeit von dem Schicksal des open-price-Abkommens ab.

Grundlage des ganzen Informationsverfahrens ist der Vertrag zwischen den Unternehmen; wäre dieser unwirksam, hätte auch der Treuhandvertrag seinen Sinn verloren, weil keine Betreuung und Abwicklung des Datenaustausches mehr durchzuführen wäre. Treuhandvertrag und open-price-Vertrag sind an sich selbständige Rechtsgeschäfte, stellen aber nach dem Parteiwillen ein einheitliches Ganzes dar,¹⁰⁾ da der Treuhandvertrag nur mit Rücksicht auf den open-price-Vertrag abgeschlossen wurde.¹¹⁾ Demgemäß würde der Treuhandvertrag von einer Nichtigkeit des open-price-Vertrages gemäß § 139 BGB miterfaßt.

- b) Eine Abwandlung dieser Vertragsgestaltung ist der Fall, daß ein einheitlicher Vertrag zustandekommt, in welchem sich die Unternehmer zur Meldung ihrer Daten und zur Beitragszahlung, der Treuhänder sich zur Abwicklung verpflichtet.

Soweit dieser Vertrag die Unternehmer betrifft, liegt auch hier wieder ein Gesellschaftsvertrag vor; dagegen bestehen Bedenken dagegen, auch den Treuhänder als Mitgesellschafter anzusehen, da er ja ganz andere Zwecke verfolgt als die anderen Vertragspartner.

Eine Lösung ergibt sich jedoch, wenn man den einheitlichen Vertrag auflöst: In Wirklichkeit liegt nämlich auch in diesem Falle ein Gesellschaftsvertrag und ein damit verbundener Geschäftsbesorgungsvertrag vor; die Besonderheit ist nur die, daß beide Rechtsgeschäfte zugleich abgeschlossen und von den Parteien in einer Urkunde niedergelegt worden sind. Dann ergibt sich hier die gleiche Lösung wie im vorhergehenden Fall.

- c) Zweifelhaft ist die Rechtslage dagegen dann, wenn die interessierten Unternehmen einer Branche jeweils Einzelverträge mit einem Treuhänder abschließen, in denen sie sich diesem gegenüber verpflichten, Daten zu melden und Zahlungen zu leisten, während der Treuhänder sich verpflichtet, die Vertragspartner über die Marktlage zu informieren.¹²⁾

¹⁰⁾ S. dazu RGZ 81/51

¹¹⁾ S. dazu RGRK - Krüger - Nieland § 139 Anm. 6.

¹²⁾ Siehe dazu Mestmäcker, Diss., S. 176.

Die einzelnen Verträge, aus denen sich hier das open-price-System zusammensetzt, sind Geschäftsbesorgungsverträge, in denen die Vertragspartner ihre gegenseitigen Leistungen austauschen; dagegen verfolgen die Vertragspartner keinen gemeinsamen Zweck: es handelt sich also um Austauschverträge, nicht um Gesellschaftsverträge. Demnach erfüllt der einzelne Vertrag das Tatbestandsmerkmal: "Verträge zu einem gemeinsamen Zweck" nicht. Etwas anderes ergibt sich jedoch, wenn man die einzelnen Verträge in ihrem Zusammenhalt untereinander betrachtet: Zwar gelangt man auch bei dieser Betrachtungsweise nicht zur Annahme eines Gesellschaftsvertrages unter den einzelnen Unternehmen, da zwischen ihnen keine vertraglichen Beziehungen bestehen. Dagegen zeigt sich, daß alle Unternehmen mit dem Abschluß ihrer Verträge den gleichen Zweck verfolgen, nämlich die Erlangung von Marktinformation, und daß dieser Zweck von ihnen auch gemeinsam verfolgt wird, denn nur wenn jeder Beiträge leistet, kann die Treuhandstelle Auskünfte über die Marktlage erteilen.

Es stellt sich daher die Frage, ob unter einem Vertrag zu einem gemeinsamen Zweck auf jeden Fall ein Gesellschaftsvertrag zu verstehen ist.

Diese Frage wird von Hefermehl¹³⁾ im Anschluß an Lukes¹⁴⁾ verneint. Hefermehl vertritt die Meinung, daß es nur auf den gemeinschaftlich verfolgten Zweck ankomme, nicht aber auf die äußere Form der vertraglichen Gestaltung, so daß ein Gesellschaftsvertrag nicht als Tatbestandsmerkmal verlangt werden könne. Zur Begründung führt er weiter aus, daß nur durch diese Auslegung sonst mögliche Umgehungsmöglichkeiten der Vorschrift des § 1 GWB ausgeschlossen werden könnten; insbesondere sei es dann auch nicht mehr notwendig, bei Umgehungsversuchen juristisch zweifelhafte Konstruktionen wie den Begriff des gesellschaftsähnlichen Vertrages einzuführen.

Gegen diese Ansicht ergeben sich jedoch sowohl aus dem Wortlaut wie aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes schwerwiegende Bedenken. Der Wortlaut des § 1 GWB - "Verträge zu einem gemeinsamen Zweck" deutet darauf hin, daß das Gesetz einen Gesellschaftsvertrag voraussetzt, denn mit der gebrauchten Formulierung wird herkömmlicherweise der Gesellschaftsvertrag gekennzeichnet. Ebenso ergibt sich aus der Begründung zum Entwurf des GWB¹⁵⁾, daß der Gesetzgeber im Einklang mit der älteren Ansicht vom Kartellbegriff davon ausgeht, daß ein Kartellvertrag nur in der Form eines

¹³⁾ Hefermehl § 1 Anm. 17, 18.

¹⁴⁾ Lukes, S. 127.

¹⁵⁾ Begründung § 1 Anm. 6.

Gesellschaftsvertrages abgeschlossen werden könne. Schließlich erscheint der Begriff des Gesellschaftsvertrages auch zur sauberen Abgrenzung der in § 1 GWB geregelten Kartellverträge von den in §§ 15 ff/GWB normierten Individualverträgen erforderlich.

Demnach könnte man der Ansicht Hefermehls, die sich rein auf Zweckmäßigkeitsgründe stützt, nur dann folgen, wenn sonst keine Möglichkeit gegeben wäre, Vertragsbündel, wie sie hier die einzelnen Informationsverträge in ihrer Gesamtheit darstellen, in den Wirkungsbereich des § 1 GWB einzubeziehen.

Dieser Ablösung des herkömmlichen Kartellbegriffs bedarf es jedoch nicht¹⁶⁾; da bei Anwendung der Lehre vom gesellschaftsähnlichen Verhältnis diese Fälle befriedigend gelöst werden können.¹⁷⁾

Ein gesellschaftsähnliches Verhältnis liegt dann vor, wenn die Vertragsparteien, vom Vertrauen zueinander getragen, ihre Belange in bestimmter Weise und mit bestimmtem Ziel miteinander verknüpfen, ohne daß im übrigen alle Merkmale der bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft gegeben zu sein brauchen.¹⁸⁾

Damit ist zwar auch der eigentliche Begriff des Gesellschaftsvertrages aufgegeben; es muß jedoch in jedem Einzelfall geprüft werden, ob das gesamte Vertragswerk einen gesellschaftsrechtlichen Charakter trägt, der die Anwendung des Gesellschaftsrechts gerechtfertigt erscheinen läßt. Somit wahrt diese Auslegung des Tatbestandsmerkmals "Vertrag zu einem gemeinsamen Zweck" den Wortlaut des Gesetzes, entspricht aber auch seinem Sinn, der eine weite Auslegung fordert, um Umgehungen des Kartellverbots möglichst auszuschließen. Der Tatbestand eines gesellschaftsähnlichen Verhältnisses kann für das vorliegende Vertragswerk angenommen werden. Der einzelne Vertrag wird nur mit Rücksicht darauf abgeschlossen, daß sich auch andere Unternehmen beteiligen. Durch den Abschluß der Einzelverträge wollen die beteiligten Unternehmen

¹⁶⁾ Ebenso Ewald, Einkaufsgenossenschaften WuW 1956/253; Günther, Diskussion S. 23; Müller-Henneberg in Gem.Komm. § 1 Anm. 1; Mestmäcker, Diss. S. 173; Begründung zum Entwurf § 1 Anm. 6; Rautenberg S. 2239; KG. Ur.t.v. 24. 2. 59; OLG München, Urteil v. 5. 3. 59; LG Bielefeld, Ur.t.v. 16. 4. 59, alle zit. nach Klaue, Rechtsspr. WuW 1960/391 (392); BGH/BB 1959/274.

¹⁷⁾ Mestmäcker, Diss. 176; Soergel - Siebert - Schultze - Lasaulx, Komm. z. BGB. Vorb. § 705, Anm. 50 f. Hoeniger S. 269; RGZ 53/14 (22); RGZ 115/358 (366/367) RGZ 142/212 (214) RG Senff. Arch. 89 Nr. 81; RGZ 126/65 (67); RG/JW 26/2529; RG/JW 37/2970; RG/HRR 35/1586; BGH/LM Nr. 6 zu § 723 BGB.

¹⁸⁾ RGZ 142/214.

in vertrauensvoller Zusammenarbeit ein gemeinsames Ziel, die Herbeiführung von Markttransparenz erreichen. Durch die Einschaltung des Treuhänders werden diese gemeinsamen Belange ebenso erreicht, als wenn sich die einzelnen Unternehmen untereinander zusammengeschlossen hätten; ebenso ist auf diese Weise eine Kontrolle darüber möglich, ob die Beteiligten die Meldepflichten erfüllen.

Demnach wird die hier fehlende - für den Gesellschaftsvertrag aber eigentümliche horizontale Bindung der Beteiligten untereinander durch das gemeinsam verfolgte Ziel und die Verklammerung der Beteiligten durch die Treuhandstelle in solcher Weise ersetzt, daß es gerechtfertigt erscheint, die mit der Treuhandstelle abgeschlossenen Geschäftsbesorgungsverträge in ihrer Gesamtheit als gesellschaftsähnliche Verträge und damit als Verträge zu einem gemeinsamen Zweck im Sinne von §1 GWB anzusehen.

2. Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen.

Sofern Grundlage des open-price-Systems ein Beschluß ist, so handelt es sich dabei regelmäßig um die Beschlußfassung eines Industrieverbandes, dem die Unternehmen, die das Informationsverfahren einführen wollen, als Mitglieder angehören. Verpflichtet dieser Beschluß die Beteiligten zur Teilnahme an der open-price-Arbeit, so ist das Tatbestandsmerkmal "Beschluß von Unternehmensvereinigungen" erfüllt.¹⁹⁾

III. Die Rechtslage bei fehlender rechtlicher Bindung unter den Beteiligten.

- 1a) Schließlich ist die Frage zu erörtern, ob auch ein Vertrag oder Beschluß im Sinne von §1 GWB vorliegt, wenn das Informationsverfahren auf unverbindlicher Grundlage, etwa in Form eines gentlemen-agreements durchgeführt wird.
- b) Anhaltspunkte dafür, daß die Abmachung unverbindlich sein soll, können z. B. fehlende Schriftform oder Beschränkung der Information auf den Austausch von Preislisten sein. Freilich ist es auch theoretisch möglich, ein voll entwickeltes Informationsverfahren auf unverbindlicher Grundlage durchzuführen. Derartige Fälle sind dem Verfasser jedoch nicht bekannt geworden.

¹⁹⁾ Siehe dazu Schwamberger, S. 2191 f.

- c) Unverbindliche Abmachungen im Wirtschaftsleben werden nach einem aus den Vereinigten Staaten von Amerika übernommenen Sprachgebrauch als *gentlemen-agreement* bezeichnet. Dem *gentlemen-agreement* ist kennzeichnend, daß die normalen Vertragswirkungen, besonders die rechtliche Bindung, kraft des übereinstimmenden Willens der Parteien gerade nicht eintreten sollen; *Gentlemen-agreements* wollen keine rechtliche Bindung und damit keinen Rechtsanspruch begründen.²⁰⁾²¹⁾

2. Es fragt sich demnach, ob auch Vereinbarungen ohne Rechtsbindungswillen *gentlemen-agreements* das Tatbestandsmerkmal "Vertrag" in §1 GWB erfüllen. Zu dieser Frage werden verschiedene Meinungen vertreten. So meint Lukes²²⁾, daß bei der Auslegung des §1 GWB ein Hinweis auf eine etwa anzunehmende Rechtsbindungswirkung der Verträge nicht festzustellen sei; ähnlich, wenn auch nicht ganz so eindeutig, Nipperdey²³⁾, der ausführt, daß der Vertragsbegriff des GWB ein anderer sein könne als der des BGB, da Rechtsbegriffe nach dem Zweck des Gesetzes zu bilden seien. Diese Ansicht wird im Ergebnis auch vom Bundesgerichtshof vertreten, der ausführt, daß in einem abgestimmten Verhalten bereits eine verbotene vertragliche Absprache nach §1 GWB gefunden werden kann.^{23a)}

Gegen diese Ansicht lassen sich jedoch verschiedene Einwände geltend machen.

²⁰⁾ Reuß S. 516, 520.

²¹⁾ Jede verabredete Willensübereinkunft fehlt dagegen bei Erscheinungen des Wirtschaftslebens wie gemeinsamen Vorgehen (*concerted undertaking*), gleichförmigem Verhalten (*conscious parallelism*) und Preisführerschaft (*price-leadership*) - Reuß S. 487, Fußn. 27 -. In diesen Fällen fehlt es überhaupt an Absprachen zwischen den einzelnen Unternehmen; es liegt lediglich eine rein tatsächliche Willensübereinstimmung vor, die sich nach außen durch einheitliches Verhalten dokumentiert.

Die genannten Begriffe bezeichnen wirtschaftliche Zustände unter Wettbewerbern (Reuß aaO.), ohne sich mit den Ursachen der Zustände zu befassen. Demnach kann auch die Information durch ein *open-price-System* die Ursache eines gleichförmigen Verhaltens sein; dagegen kann ein *open-price-System* niemals auf gleichförmigem Verhalten beruhen, da es irgendwelche Abmachungen zwischen den Beteiligten voraussetzt.

²²⁾ Lukes S. 123; ebenso: Schwamberger NJW 1959/2189 (2191); s.a. Ewald, Tätigkeitsbericht 1960, WRP 1961/171 (172).

²³⁾ Ennecc. - Nipperdey S. 898, Fußn. 11.

^{23a)} BGHSt 14/55 (60); die Auslegung, die Benisch (Anm. WuW/E/BGH 373/376) der Stelle gibt, erscheint unzutreffend; offensichtlich fordert der BGH hier keine Bindung, da sie beim abgestimmten Verhalten regelmäßig fehlt. Ebenso Leo, Anm. S. 98.

Wenn § 1 GWB von einem Vertrag spricht, liegt zunächst die Annahme nahe, daß der Vertragsbegriff des Zivilrechts gemeint sein soll, zumal es sich bei dem Kartellvertrag um einen privatrechtlichen Vertrag gleichgeordneter Rechtssubjekte handelt. Der Vertragsbegriff des Zivilrechts setzt jedoch eine Bindung der Vertragspartner voraus.²⁴⁾

Sollte eine andere Bedeutung des Tatbestandsmerkmals "Vertrag" in § 1 GWB gemeint sein, so müßten sich dafür besondere Anhaltspunkte ergeben.

Aus dem Wortlaut der Vorschrift und dem Zusammenhang im Gesetz ergeben sich jedoch keine Hinweise darauf, daß das Gesetz einen abweichenden Vertragsbegriff einführen will.

Ebenso lassen sich aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes keine Anhaltspunkte für die Ansicht von Lukes entnehmen.

Vielmehr wird in der Begründung zum Entwurf zu den gentlemen-agreements ausgeführt,²⁵⁾ für diese bedürfe es keiner besonderen Regelung, denn sie enthielten meist echte vertragliche Verpflichtungen und seien daher nach § 1 GWB zu beurteilen.

Diese Ausführungen zeigen, daß der Entwurf vom zivilrechtlichen Vertragsbegriff ausgeht. Etwas anderes ergibt sich auch nicht daraus, daß in der Begründung weiter ausgeführt wird, für die gentlemen-agreements sei kennzeichnend, daß sich die Beteiligten meist darüber einig seien, aus Zuwiderhandlungen gegen diese Vereinbarungen keine Ansprüche wegen Vertragsverletzung geltend zu machen. Damit wird nur gesagt, daß die Abmachungen unklagbar seien; es besteht aber ein Unterschied zwischen Verträgen ohne Rechtsbindungswillen und unklagbaren Verträgen; letztere werden sicher von § 1 GWB erfaßt.²⁶⁾

Demnach muß entgegen Lukes daran festgehalten werden, daß das Gesetz in § 1 GWB nur solche Verträge erfassen will, die einen auf die Eingehung von Verpflichtungen gerichteten Parteiwillen enthalten; diese Ansicht wird auch von der weit überwiegenden Mehrheit vertreten.²⁷⁾

Da somit bei der Auslegung des § 1 GWB weiterhin vom herkömmlichen Vertragsbegriff auszugehen ist, müßte man zu dem Ergebnis gelangen, daß gentlemen-agreements nicht unter diese Vorschrift subsumiert werden können, da es bei diesen an der Rechtsverbindlichkeit der getroffenen Abmachungen fehlt. Das grundsätzliche Festhalten des Gesetzes am hergebrachten Vertragsbegriff schließt jedoch nicht aus,

²⁴⁾Ulmer, WuW 1963 / 3 (7);

²⁵⁾Begründung zu § 1 Anm. 3e.

²⁶⁾Dazu besonders Ulmer S. 7

²⁷⁾Benisch, Abstimmung DB 1957/789; dess., Kartellverbot DB 1959/451; Leo, Anm., AG 1960/97 (98) (abw. aber Ankündigung AG 1960/32 (33); Hefermehl § 1 Anm. 19; Ulmer, S. 7 u. a.

nun im Wege einer ausdehnenden Auslegung auch gentlemen-agreements als gegen § 1 GWB verstoßend anzusehen. Eine ausdehnende Auslegung wäre dann erforderlich und gerechtfertigt, wenn gentlemen-agreements die gleichen Auswirkungen wie bindende Verträge zeigten.

3. Das gentlemen-agreement unterscheidet sich vom Vertrag durch die fehlende rechtliche Bindung zwischen den Parteien. Diese fehlende rechtliche Bindung wird jedoch beim gentlemen-agreement durch andere Bindungen weitgehend ersetzt. Schließen mehrere Unternehmen ein gentlemen-agreement, so wird sie das in der Gruppe bestehende Solidaritätsgefühl und der Nutzen, der ihnen das Abkommen bringt, dazu veranlassen, sich ungeachtet der fehlenden rechtlichen Bindungen an das Abkommen zu halten, so daß die gentlemen-agreements regelmäßig dieselben Auswirkungen zeigen werden wie rechtsverbindliche Verträge.²⁸⁾

Diese Auswirkungen der gentlemen-agreements lassen es angezeigt erscheinen, sie verbindlichen Verträgen gleich zu behandeln. Dieses Ergebnis rechtfertigt sich aus dem Zweck des GWB. Zweck dieses Gesetzes ist - jedenfalls neben anderen Zwecken - auch der Schutz des Wettbewerbs als Institution, da der Wettbewerb notwendiges Element einer durch Angebot und Nachfrage gesteuerten Marktwirtschaft ist²⁹⁾, deren Sicherung das GWB vor allem dienen sollte. Der Wettbewerb wird aber auch durch Abmachungen gestört, die die Wirtschaftssubjekte anderen als rechtlichen Bindungen unterwerfen; daher müssen auch gentlemen-agreements dem Verbot des § 1 GWB unterliegen, sofern sie geeignet sind, die Marktverhältnisse durch Wettbewerbsbeschränkung zu beeinflussen.³⁰⁾

4. Schwierigkeiten bereitet dagegen die dogmatische Untermauerung dieses auf Zweckmäßigkeitsgründen beruhenden Ergebnisses. Hier werden daher auch sehr abweichende Meinungen vertreten. Ulmer³¹⁾ will die den Abmachungen zugrundeliegenden Einzelerklärungen als Empfehlungen gemäß § 38 II 2 GWB behandeln. Dieser Vorschlag erscheint jedoch wenig befriedigend, da das GWB scharf zwischen Vertrag und Empfehlung unterscheidet, so daß es nicht angängig erscheint, eine unverbindliche Abmachung, der ja wenigstens äußerlich Vertragscharakter zukommt, in die sie bildenden Einzelerklärungen aufzulösen.

²⁸⁾Hefermehl § 1, Anm. 8;

²⁹⁾Königs, Wechselwirkungen, NJW 61/1041, Benisch, Kartellrecht, WuW 1961/764 (777); Würdinger, Freiheit WuW 1953/721 (731); BGH 13/33 (36); Möhring WuW 54/387; ob daneben das Gesetz noch den Individualschutz der Marktteilnehmer bezweckt, kann hier dahingestellt bleiben.

³⁰⁾Ebenso: Hefermehl § 1, Anm. 29; Müller-Henneberg in Gem. Komm. § 1 Anm. 8; Benkendorff, WuW 1954/414; Langen, Kom. § 1 Anm. 36; Ulmer S. 17.

³¹⁾Ulmer S. 17.

Dagegen meint Müller-Henneberg,³²⁾ Vereinbarungen müßten dann unter § 1 GWB fallen, wenn die Parteien sie mit Rücksicht auf die Vorschrift des § 1 GWB unverbindlich abgeschlossen hätten. Ähnlich Benkendorff und Langen, die ausführen, unverbindliche Absprachen seien auf Grund des allgemeinen, auch dem GWB innewohnenden Umgehungsgrundsatzes entsprechend den vertraglichen Wettbewerbsbeschränkungen zu behandeln.³³⁾

Ebenfalls vom Umgehungsgrundsatz geht Hefermehl aus.³⁴⁾ Sein Lösungsvorschlag weist jedoch dogmatische Besonderheiten auf. Er führt aus, daß es nicht notwendig sei, auf unverbindliche Abmachungen § 1 GWB anzuwenden, da diese ohnehin die Beteiligten nicht verpflichten könnten. Vielmehr komme es nur darauf an, die Durchführung unverbindlicher Abreden zu verhindern. Diese Möglichkeit eröffne eine entsprechende Anwendung des § 38 I 1 GWB. Diese Vorschrift verbiete zwar ihrem Wortlaut nach nur das Hinwegsetzen über die Unwirksamkeit eines nach § 1 GWB unwirksamen Vertrags, doch müsse dem der Fall gleichgestellt werden, daß die Parteien sich der Unverbindlichkeit ihres Vertrages beim Abschluß bewußt seien.³⁵⁾

Der Ausgang vom Begriff der Umgehung erscheint zutreffend. Ein Umgehungsgeschäft liegt dann vor, wenn die Parteien den von einem Verbotsgesetz mißbilligten Erfolg auf einem anderen, von dem Gesetz nicht bezeichneten Weg zu erreichen suchen. Da das Umgehungsgeschäft damit gegen das durch das Verbotsgesetz geschützte Rechtsgut verstößt, muß es gleichfalls verboten und damit unwirksam sein.

Der Umgehungsgrundsatz entfaltet auch eine hinreichende Breitenwirkung, da eine tatsächliche Vermutung besteht, daß ein Geschäft, das bei Bestehen eines Verbotsgesetzes unverbindlich geschlossen wurde, zum Zwecke der Umgehung des Verbotsgesetzes vereinbart wurde.

Dabei erscheint es richtig - entgegen der Meinung von Hefermehl, der die der Umgehung des § 1 GWB dienende Durchführung eines gentlemen-agreements unter entsprechender Anwendung des § 38 I 1 GWB als Ordnungswidrigkeit ansehen will, - zum Zwecke der Gesetzesumgehung vereinbarte gentlemen-agreements bereits gemäß § 1 GWB als unwirksam zu betrachten. Zwar ist es zutreffend, wenn Hefermehl ausführt, es bestünden zwischen den Partnern eines gentlemen-agreements keine rechtlichen Bindungen; seine weitere Folgerung aber, daher sei eine Unwirksamkeitserklärung solcher Abmachungen überflüssig und erst die Durchführung müsse verhindert werden, vermag jedoch nicht zu überzeugen.

³²⁾Gem. Komm. § 1, Anm. 29.

³³⁾Benkendorff S. 414 (415), Langen Kom., § 1, Anm. 36.

³⁴⁾Hefermehl § 1, Anm. 19

³⁵⁾Hefermehl § 1, Anm. 29

Die Strafvorschrift des § 38 I 1 GWB setzt eine vom Gesetz mißbilligte Abmachung voraus, die die Beteiligten ungeachtet der Mißbilligung durchführen. Dieser Mißbilligungsausspruch würde fehlen, wenn man die gentlemen-agreements nicht als gegen § 1 GWB verstoßend ansehen würde. Daher ist es erforderlich, zu Umgehungszwecken geschlossene gentlemen-agreements bereits als gemäß § 1 GWB unwirksam zu betrachten, da nur dann die Voraussetzungen des § 38 I 1 GWB gegeben sind.

Der Fall des Austausches von Marktinformationen auf unverbindlicher Grundlage könnte demnach gemäß § 1 GWB als unwirksam angesehen werden, wenn ein verbindlicher Vertrag der gleichen Art gemäß § 1 GWB unwirksam wäre und die Parteien in Kenntnis dessen ein unverbindliches Abkommen getroffen hätten.

5. Daneben kann der Fall vorkommen, daß die Mitglieder einer Unternehmensvereinigung die Durchführung eines Informationsaustausches auf unverbindlicher Grundlage beschließen.

Dieser Beschluß wäre ebenso zu behandeln, wie ein unverbindlicher Vertrag.³⁶⁾

§ 13: Die Marktbeeinflussung durch Wettbewerbsbeschränkung.

I. Vorbemerkung.

§ 1 GWB erklärt jedoch nicht jeden Vertrag zu einem gemeinsamen Zweck oder Beschluß einer Unternehmensvereinigung für unwirksam. Es muß vielmehr hinzukommen, daß der Vertrag oder Beschluß geeignet erscheint, die Marktverhältnisse durch Wettbewerbsbeschränkung zu beeinflussen: erst dann ist der Tatbestand des § 1 GWB erfüllt.

Es fragt sich daher, ob die bereits festgestellten Auswirkungen der open-price-Verträge eine Eignung zur Marktbeeinflussung durch Wettbewerbsbeschränkung begründen.

II. Die Marktbeeinflussung durch Wettbewerbsbeschränkung.

1a)

Eine allgemein anerkannte Begriffsbestimmung des Wettbewerbs und der Marktbeeinflussung durch Wettbewerbsbeschränkung hat sich bisher nicht durchsetzen können. Für die Lösung der hier auftretenden Fragen kommt es jedoch auf eine möglichst genaue Erfassung dieser Begriffe nicht an.

³⁶⁾ s. dazu Schwamberger, S. 2191 f.

Für die Frage, was unter Eignung eines Vertrages, die Marktverhältnisse durch Wettbewerbsbeschränkung zu beeinflussen, zu verstehen ist, genügt vielmehr eine Auslegung dieser Begriffe vom Schutzzweck des Gesetzes her.

- b) Der Schutzzweck des GWB ist nun zwar, wie bereits oben angedeutet, umstritten. Während die einen¹⁾ den Schutzzweck des Gesetzes in der Institution des Wettbewerbs sehen, vertreten andere²⁾ die Ansicht, Schutzgegenstand sei die wirtschaftliche Handlungs- und Entscheidungsfreiheit der einzelnen Marktbeteiligten; schließlich wird auch angenommen, Institutions- und Individualschutz gingen nebeneinander her.³⁾

In erster Linie muß jedoch der Schutzgegenstand des GWB in der Herstellung einer funktionierenden Wettbewerbswirtschaft gesehen werden. Das ergibt sich sowohl aus einer Betrachtung der wirtschaftspolitischen Zielsetzung des Gesetzes als auch aus den Vorstellungen, aus denen das Gesetz konzipiert wurde.

Die Wirtschaftsverfassung der Bundesrepublik Deutschland, die soziale Marktwirtschaft, setzt das Bestehen des Wettbewerbs voraus, da eine Marktwirtschaft nur bei vorhandenem Wettbewerb Bestand haben kann. Leitbild dieser Wirtschaftsverfassung ist aber das Modell der vollkommenen Konkurrenz, bei dem dem Individualschutz keine Beachtung geschenkt wird, sondern dessen alleiniges Ziel eine funktionierende Wettbewerbswirtschaft ist.

Die weitere Frage, ob neben dem Institutionsschutz des Wettbewerbs auch ein Individualschutz erreicht werden soll oder ob dieser nur eine Reflexwirkung des Institutionsschutzes ist, ist für die vorliegende Untersuchung, die sich mit den Auswirkungen eines bestimmten Marktverhaltens befaßt, ohne Bedeutung.

Wenn aber somit, wenigstens in erster Linie, der Wettbewerb als Institution geschützt werden soll, so kann das nur in der Weise geschehen, daß alle Voraussetzungen, die der Wettbewerb erfordert, geschaffen oder erhalten werden.

- aa) Wettbewerb setzt zunächst voraus, daß auf einem Markt mehrere Unternehmen tätig sind. Ist nur ein einziges Unternehmen vorhanden, so hat dieses ein Monopol; Wettbewerb kann daher nicht stattfinden.⁴⁾

¹⁾Möhring S. 387; Gabriel S. 248; Benisch Kartellrecht, S. 777; Würdinger, Freiheit, S. 731.

²⁾Lukes S. 185 ff; Günther, Verabschiedung, BB 1957/721; (anders ders. Wettbewerbsbegriff; MA 59/367, wo er beide Schutzzwecke vertritt).

³⁾Königs, GWB/GRUR 1958/589; des. Wechselwirkungen S. 1041; Liefermehl § 1, Anm. 2, 3; Fikentscher, Wettbewerb S. 207 ff.).

⁴⁾Siehe dazu Fikentscher, Wettbewerb, S. 39.

bb)

Wettbewerb setzt weiter die Selbständigkeit der einzelnen Unternehmen voraus. Damit ist nicht gemeint, daß das Unternehmen in jeder Hinsicht selbständig sein muß. Ein Unternehmer in einer freien Marktwirtschaft hat zahllose Entscheidungen zu treffen. Er bestimmt Preise und Konditionen, schließt Tarifverträge mit den Gewerkschaften, verteilt die Arbeit unter seine Arbeitnehmer u. v. a. mehr. Nicht in allen diesen Fragen muß er selbständig sein. Die zu treffenden Entscheidungen lassen sich in verschiedene Gruppen einteilen. Zunächst kann man Entscheidungen, die keinen Einfluß auf die Marktverhältnisse nehmen können und solche, die geeignet sind, die Marktverhältnisse zu beeinflussen, unterscheiden. Weist der Unternehmer dem Angestellten A die Abwicklung eines Auftrages zu, so beeinflußt er damit nicht die Marktverhältnisse; er könnte ebenso den Angestellten B beauftragen; legt er jedoch den Preis für die Durchführung des Auftrages fest, so beeinflußt diese Entscheidung diese Entscheidung die Marktverhältnisse.

Aber auch der Abschluß eines Tarifvertrages wirkt auf die Marktverhältnisse ein; diese Einwirkung ist jedoch, im Gegensatz etwa zur Preisfestsetzung, nur eine mittelbare, denn ein Einfluß kann sich nur über veränderte Lohnkosten oder veränderte Kaufkraft der Arbeitnehmer bemerkbar machen.

Von entscheidender Bedeutung für das Marktgeschehen kann nur die Unabhängigkeit in solchen Entscheidungen sein, die unmittelbar auf die Marktverhältnisse einwirken, denn nur diese Entscheidungen können geeignet erscheinen, die Marktverhältnisse zu beeinflussen. Dem stimmt auch Lukes zu, wenn er ausführt, Inhalt eines Kartellvertrages seien Vereinbarungen über Produktionsumfang, Absatz, Einkauf, Preis- und Konditionengestaltung.⁵⁾

Ist nämlich die Unabhängigkeit des Marktvorgehens gegeben, so ergeben sich, da jeder Marktteilnehmer seine Marktdaten unabhängig festlegt, zwangsläufig verschiedene Angebote oder Nachfragen; der Wettbewerb verschafft der Marktgegenseite die Möglichkeit konkurrierender Alternativen.⁶⁾ Die Unabhängigkeit der Marktteilnehmer hat weiter zur Folge, daß jeder Marktteilnehmer möglichst bestrebt sein wird, an Stelle eines Mitbewerbers ein Geschäft abzuschließen und daher versuchen wird, die von seinen Mitbewerbern angebotenen Geschäftsbedingungen zu unterbieten⁷⁾ (bzw. zu überbieten). Das hat

⁵⁾Lukes, S. 151; s. a. Günther, Diskussion S. 23.

⁶⁾Clark, S. 243 ff.; ders. Alternative to serfdom S. 70, zit. nach Abbott, S. 117;

⁷⁾Fikentscher, Wettbewerb, S. 39.

für die Marktgegenseite die Folge, daß die ihr gebotenen Geschäftsbedingungen günstiger sind als sie es ohne die Unabhängigkeit der Marktbeteiligten wären.⁸⁾

Entfällt jedoch die Unabhängigkeit des Marktvorgehens, so ist die Lage auf dem jeweiligen Markt im wesentlichen so, als ob nur ein Anbieter vorhanden wäre. Das gilt vor allem dann, wenn die Unabhängigkeit des Marktvorgehens vollkommen aufgehoben wird, denn es ist für die Marktgegenseite kein Unterschied, ob überhaupt nur ein Anbieter vorhanden ist oder ob die verschiedenen Anbieter das gleiche Angebot unterbreiten; in beiden Fällen wird der Markt durch ein Monopol beherrscht und damit der Wettbewerb ausgeschlossen.

Aber auch weniger einschneidende Beschränkungen des unabhängigen Marktvorgehens erhöhen den Monopolisierungsgrad des Marktes und schränken den Wettbewerb ein.

2. Gerade die Erhaltung eines unabhängigen Marktvorgehens muß jedoch als wesentliche Aufgabe des §1 GWB angesehen werden. §1 GWB befaßt sich nach seinem Wortlaut nur mit vertraglichen Abmachungen oder Beschlüssen, die auf einen gemeinsamen Zweck abzielen. Die Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks auf vertraglicher Grundlage bringt aber notwendigerweise eine Einschränkung der Unabhängigkeit mit sich, denn der gemeinsame Zweck kann nur erreicht werden, wenn jeder Beteiligte seine eigenen Interessen und Pläne zurückstellt, seine Unabhängigkeit auf dem Markt einschränkt. Die daraus herrührende Beschränkung des unabhängigen Marktvorgehens soll daher von §1 GWB verhindert werden.

Demnach erscheint es gerechtfertigt, die Eignung zur Marktbeeinflussung durch Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des §1 GWB in einer Beschränkung des unabhängigen Marktvorgehens und der daraus sich ergebenden Verringerung der der Marktgegenseite offenstehenden Alternativen zu sehen.^{9) 10)}

⁸⁾Siehe dazu auch Benisch, Beschränkungen des Nachfragewettbewerbs, der zutreffend hervorhebt, daß entscheidend für die Bereitstellung möglichst günstiger Geschäftsbedingungen nicht das Streben nach Geschäftsverbindungen ist, sondern die Selbständigkeit der Nachfrager; WuW 1960/842 (843 f.).

⁹⁾Strickrodt S. 36; auch die Wettbewerbsdefinition Borchardt-Fikentscher's geht von der Selbständigkeit der Marktteilnehmer aus. Zit. nach Fikentscher, Wettbewerb S. 39; s. auch Sölter, Nachfragemacht, S. 55 ff.

¹⁰⁾Ebenso wird in der amerikanischen Literatur diese Ansicht vertreten: So bezeichnet Abbott S. 126 den Wettbewerb als einen Wettstreit, bei dem unabhängige Verkäufer Produkte ihrer eigenen Wahl anbieten. Das Business Adversory Council der Vereinigten Staaten führt in einem Bericht aus, entscheidend für den Wettbewerb sei, daß Beweglichkeit und Anpassungsfähigkeit im allgemeinen Wirtschaftsleben keinen künstlichen oder verabredeten Beschränkungen unterworfen seien. - (Business Adversory Council: Effective Competition, zit. nach Günther, Schutz des Leistungswettbewerbs MA 1954/346 (349).

3. Es sind nun aber zwei Wege denkbar, wie ein Vertrag durch Beschränkung der Entscheidungsfreiheit auf die Marktverhältnisse einzuwirken vermag.

- a) Die erste Möglichkeit ist die, daß die Beteiligten in dem Vertrag auf eigene freie Entscheidungen in den die Marktverhältnisse unmittelbar betreffenden Bereichen verzichten.

Dieser Fall ist etwa gegeben, wenn die Parteien in ihrem Vertrag vereinbaren, im Vertrag bereits vorgeschriebene Entscheidungen (Einkauf nur bei der Bezugsgenossenschaft) oder für jeden Einzelfall von anderen festzusetzende Entscheidungen (Preise werden von Kartell festgesetzt) an die Stelle eigener Entscheidungen zu setzen. Man kann diese Form der Beschränkung der Entscheidungsfreiheit, bei der der Verzicht auf die Entscheidungsfreiheit Vertragsinhalt ist, rechtliche Beschränkung der Entscheidungsfreiheit nennen.¹¹⁾

Demnach ist zunächst zu untersuchen, ob die open-price-Verträge eine vereinbarte Wettbewerbsbeschränkung enthalten; in diesem Falle wären sie gemäß § 1 GWB unwirksam, da Verträge, die eine Einschränkung des unabhängigen Marktvorgehens enthalten, ihrer Natur nach geeignet erscheinen, auf die Marktverhältnisse einzuwirken.¹²⁾ Diese Frage kann nur für jeden einzelnen Vertragstyp gesondert beurteilt werden.

aa)

Auszugehen ist von einem Vertrag, der sich auf reine Information der Beteiligten beschränkt.

Als Beispiel erscheint der open-price-Vertrag Drähte geeignet. Dieser Vertrag ist folgendermaßen ausgestaltet:

Die Mitglieder melden:

1. Preise, Rabatte und Zahlungsbedingungen.
2. Jede im Einzelfall vorgenommene Änderung der Preise, Rabatte sowie Lieferungs- und Zahlungsbedingungen.

Das Treuhandbüro erteilt folgende Auskünfte:

1. Es wird eine Marktstatistik erstellt, die die Lieferungen in Kilo, den gesamten Rechnungsbruttobetrag und Rechnungsnettobetrag enthält.
2. Jede im Einzelfall vorgenommene Änderung der Preise und sonstigen Geschäftsbedingungen wird den Firmen mitgeteilt, die den betreffenden Kunden bereits beliefert haben. Über bisher nicht belieferte Kunden wird auf Anfrage Auskunft erteilt.

¹¹⁾ Bei unverbindlichen Abmachungen ist die Rechtslage genauso wie bei Verträgen, weil an dieser Stelle nur auf den Inhalt der Abmachung oder des Vertrages ankommt.

¹²⁾ unstrittig; s. für alle Hefermehl § 1, Anm. 27.

3. Zur Vermeidung unlauterer Anspielungen werden auf Anfrage Einzelauskünfte über bestimmte Geschäfte erteilt.

Zu prüfen ist, ob dieser Vertrag als Vertragsinhalt eine Beschränkung der Entscheidungsfreiheit aufweist. Vertragsinhalt ist der erklärte Wille der Vertragspartner, wie er sich bei verständiger, verkehrsrüblicher Auslegung aus der getroffenen Abmachung ergibt. Auf die Hoffnungen und Wünsche der Parteien kommt es dabei nicht an,¹³⁾ so daß eine etwaige Hoffnung der Beteiligten, der open-price-Vertrag möge den Wettbewerb beschränken, ohne Bedeutung wäre.

Betrachtet man den vorliegenden Vertrag, so ergibt sich, daß er in verschiedener Hinsicht die Vertragspartner beschränkt.

So verpflichtet der Vertrag die Mitglieder, ihre Marktdaten, Preislisten und etwaige Preisänderungen unverzüglich der Treuhandstelle zu melden; weiter verpflichtet der Vertrag - stillschweigend - die Beteiligten zur Führung von Preislisten.

Diese Beschränkungen sind jedoch nicht geeignet, unmittelbar die Marktverhältnisse zu beeinflussen. In beiden Fällen steht es den Beteiligten frei, ihre Preise und sonstigen Marktdaten frei zu bestimmen, die Preislisten nach Belieben zu gestalten und auch in Einzelfällen von ihnen abzuweichen. Demnach kann in diesen Verpflichtungen keine Wettbewerbsbeschränkung gesehen werden.¹⁴⁾

Da der Vertrag auch andere wettbewerbsbeschränkende Verpflichtungen nicht enthält, handelt es sich bei dem Beispielsfall nicht um einen Vertrag mit wettbewerbsbeschränkenden Inhalt.

bb)

Weiter ist zu prüfen, ob die von dem Beispielsfall abweichenden Ausgestaltungen des open-price-Systems Wettbewerbsbeschränkungen enthalten. Diese Frage ist für die Mitteilung zukünftiger Listenpreise sowie die Meldung von Angeboten zu verneinen, denn auch hier fehlt es an einer vertraglich vereinbarten Beschränkung der Entscheidungsfreiheit.

Das gleiche gilt für die Meldung von Durchschnittspreisen sowie die Mitteilung eines höchsten und niedrigsten Preises, da auch dadurch die Freiheit der Preisgestaltung unberührt bleibt. Ebenso fehlt bei Meldungen, die die Namen der Beteiligten enthalten, eine vereinbarte Beschränkung der Entscheidungsfreiheit.

¹³⁾Isay, WuW 1953/577 (585).

¹⁴⁾s. a. Franzen, Auslegungsregeln, WuW 57/741 (747).

Dagegen lassen sich bei Zusätzen des open-price-Systems vereinbarte Wettbewerbsbeschränkungen feststellen. Die Verpflichtung, neue Preise erst eine gewisse Zeit nach der Meldung zu praktizieren, (waiting periods) stellt eine Beschränkung des unabhängigen Marktvorgehens dar, da der Unternehmer nicht jederzeit neue Preise festsetzen kann, sondern für die Dauer der Karenzzeit an seine alte Preisfestsetzung gebunden ist.

Ebenso enthält die Verpflichtung, Änderungen der Geschäftsbedingungen nur in gewissen Zeitabständen vorzunehmen sowie die Verpflichtung, keine Änderung der Preise ohne vorherige Anmeldung durchzuführen, eine Beschränkung des unabhängigen Marktvorgehens.

Da diese Vertragsklauseln die Zahl der unabhängigen Marktteilnehmer verringern und regelmäßig auch geeignet sind, Geschäftsbedingungen zu verschlechtern, müssen sie daher gemäß § 1 GWB als unwirksam betrachtet werden.¹⁵⁾

- b) Ein Vertrag kann jedoch nicht nur dadurch auf die Entscheidungsfreiheit einwirken, daß er durch seinen Inhalt die Vertragspartner in ihrem unabhängigen Marktvorgehen beschränkt.

Ein Vertrag kann vielmehr auch ohne wettbewerbsbeschränkenden Inhalt Einflüsse auf das Marktvorgehen der Vertragspartner mit sich bringen und dadurch auf die Marktverhältnisse einwirken. Ein Beispiel dafür ist eine Einkaufsgenossenschaft ohne Bezugszwang. Der Genossenschaftsvertrag enthält in diesem Falle keine Verpflichtung der Genossen, ausschließlich bei der Genossenschaft einzukaufen; es steht ihnen vielmehr grundsätzlich frei, auch bei anderen Lieferanten Waren zu erwerben. Erfahrungsgemäß decken die Genossen jedoch ihren Bedarf weitgehend bei der Genossenschaft. Ebenso ist die Lage bei den freiwilligen Handelsketten im Lebensmitteleinzelhandel.

In diesen Fällen wird zwar an sich die Freiheit, so oder so zu entscheiden, nicht angetastet; es kann jedoch zu so starken Einflüssen auf die Beteiligten kommen, daß diese mehr oder weniger eine Entscheidung im Sinne der an sie herangetragenen Motive treffen. Damit können solche Verträge praktisch die gleichen Auswirkungen

¹⁵⁾Auf die Streitfrage, ob die Eignung zur Marktbeeinflussung verneint werden muß, wenn der Bedarf noch bei unabhängigen Marktteilnehmern gedeckt werden kann - so BGH/WRP 1960/112 (114); LG Mannheim, zit. nach Klaue, Rechtspr. S. 392; Günther, Diskussion S. 23; Deringer, Anm. BB 1960/343; a. A. Haberkorn GRUR 1960/367 ff. mit weit. Nachweisen; Klaue, Wettbewerbsverbot WuW 1961/323 (326) - kommt es hier nicht an, da die open-price-Verträge, - wie dargelegt - in allen Fällen die ganz überwiegende Mehrzahl der Unternehmen einer Branche erfassen.

haben, wie Verträge, die eine rechtliche Beschränkung der Beteiligten beinhalten; eine eigene freie Entscheidung der Beteiligten liegt nicht vor, die Entscheidung wird durch den Motivdruck zu einer unfreien, von außen bestimmten Entscheidung; der Vertrag führt zu einer tatsächlichen Bindung der Beteiligten. So ist der Lebensmittel-einzelhändler, der sich einer Handelskette angeschlossen hat, kaum geneigt, auch bei freien Großhändlern noch Waren zu erwerben, obwohl er rechtlich nicht daran gehindert ist.

Bei der Untersuchung der Markteinflüsse hat sich ergeben, daß auch die open-price-Verträge in dieser Weise auf die Entscheidungsfreiheit der Teilnehmer einzuwirken vermögen; das gilt besonders für die Mitteilung von Durchschnittspreisen, zukünftigen Listenpreisen und Angeboten sowie die Übermittlung von Meldungen mit Namensnennung der Beteiligten. Das open-price-System kann demnach zu einer tatsächlichen Beschränkung der Entscheidungsfreiheit führen, die - wie oben gezeigt wurde -, geeignet ist, die Marktverhältnisse zu beeinflussen. Die Frage ist jedoch, ob § 1 GWB es genügen läßt, daß die Bindung nur Auswirkung, nicht aber Inhalt des Vertrages ist. Diese hier sehr wichtige Frage ist umstritten.

aa)

Die überwiegende Meinung im Schrifttum ist der Ansicht, daß die Beschränkung der Entscheidungsfreiheit Inhalt des Vertrages sein müsse oder mit anderen Worten, daß "die Beschränkung des wettbewerblichen Verhaltens unmittelbar aus dem Inhalt des Vertrages sich ergeben müsse".¹⁶⁾

Zur Begründung dieser Ansicht wird vorgetragen, eine extensive Auslegung (Einbeziehung der tatsächlichen "Beschränkung") widerspreche der Entstehungsgeschichte des Gesetzes; auch würde sie die Rechtssicherheit gefährden, da dann niemand mehr mit Sicherheit sagen könne, ob ein Vertrag gegen § 1 GWB verstoße oder nicht.

Im übrigen berufen sich die meisten Vertreter dieser Ansicht darauf, daß die Wettbewerbsbeschränkung zum Inhalt des die Kartellmitglieder bindenden Vertrages gehören müsse; so Pinder¹⁷⁾ der

¹⁶⁾So Hefermehl, § 1 Anm. 27. Ebenso: Behrens, das ops, S. 108; des. Zulässigkeit, S. 58; Benisch, Abstimmung S. 789; Franzen-Boekle, Freiwillige Handelsketten, MA 1959/15 (23); Günther, Einkaufsvereinigung MA 1954/35 (44), nicht ganz eindeutig; Isay, S. 585; Leo, Ankündigung, S. 36; Lieberknecht, MA 1958/231; Müller-Henneberg in Gem. Kom. § 1 Anm. 24 Frankfurter Kommentar § 1 Tz 25; Krahe, Kartellbegriff, S. 619; Müller-Henneberg, Zur Auslegung, WuW 1961/309 (315); Rasch, Komm. § 1, Anm. 8, 4; Schramm WRP 1958/101 (102); Sölter, Nachfragemacht S. 58; Spengler, DB 1960/903 (905); Westermann, S. 11; Wipol. - Ausschuß zu § 1 GWB u. a. m.

¹⁷⁾Pinder, WuW 1958/570 (574).

ausführt, "daß der Vertrag selbst geeignet sein muß, die Marktverhältnisse durch Beschränkung des Wettbewerbs zu beeinflussen, was wiederum nur möglich ist, wenn er die Verpflichtung zu einer solchen Beschränkung begründet."

Demgegenüber wird die extensive Auslegung nur von wenigen vertreten: Hier ist besonders Gabriel zu nennen, der davon ausgeht, daß es nicht darauf ankommen kann, ob sich die Beteiligten des Rechts begeben hätten, sich frei am Markt zu verhalten, sondern auf die Beurteilung der volkswirtschaftlichen Notwendigkeiten, die eine extensive Auslegung fordern würden.¹⁸⁾

Daneben ist auch Gleichmann zu erwähnen.

Gleichmann geht bei der Begründung seiner Ansicht von dem Begriff der Eignung aus. Auch wenn rechtlich die selbständige Willensbildung der Wettbewerber durch die Vertragsbestimmungen nicht beseitigt worden sei, könne der Vertrag geeignet sein, die Marktverhältnisse durch Wettbewerbsbeschränkung zu beeinflussen. Das sei der Fall, wenn die Bestimmung einen derart weiten Rahmen habe, daß sie potentiell auch eine Wettbewerbsbeschränkung enthalten könne. Da der Begriff der Eignung aber zu weit sei, sei er einzuengen: Das müsse durch die Berücksichtigung der tatsächlichen Verhältnisse und Wirkungen erfolgen. Bei der Prüfung des Begriffs der Eignung seien drei Merkmale zu berücksichtigen:

Der rechtliche Wirkungsbereich der Regelung,
die tatsächliche Handhabung,
die Auswirkung.¹⁹⁾

Der Bundesgerichtshof hat zunächst in einer Entscheidung aus dem Jahre 1959 zu dieser Frage Stellung genommen und ausgeführt,²⁰⁾ daß § 1 GWB ohne Einschränkung Verträge erfasse, die zu einem gemeinsamen Zweck geschlossen sind, soweit sie geeignet sind, die Marktverhältnisse zu beeinflussen.

¹⁸⁾ Gabriel, MA 1960/247; ebenso Helmuth Lutz NJW 1960/1833; Landgericht Düsseldorf WuW 1960/648 Ewald, Praxis, WRP 1959/131 (132) anders: FAZ v. 23.1.1961. Siehe auch Fikentscher, Anm. S. 367; auch Benisch, Festschrift für Isay, S. 256 und Sölter, Rabattkartell S. 56 haben früher diese Ansicht vertreten. Dagegen kann Lukes nicht als Vertreter dieser Ansicht angesehen werden, wie es vielfach geschieht. Er bestreitet zwar die Notwendigkeit einer rechtlichen Bindung der am Kartellvertrag Beteiligten, verlangt aber, daß der Vertrag bezüglich gewerblicher Güter Produktionseinteilung, Absatzeinteilung oder Regelaufstellung für Einzelrechtsgeschäfte zum Inhalt hat. S. 151.

¹⁹⁾ Gleichmann, S. 168.

²⁰⁾ BGH/WRP 1960/857.

Der Gebrauch des Wortes Marktverhältnisse ließ indessen keine eindeutige Auslegung der Entscheidung zu. Verstand man das Wort "Marktverhältnisse" im Sinne des § 1 GWB, so sagte die Entscheidung nichts Neues, da es allgemein anerkannt ist, daß der Vertrag nicht die Beeinflussung der Marktverhältnisse zu beinhalten braucht. Man konnte aber den Begriff "Marktverhältnisse" auch weiter auslegen und auf die Vorgänge auf beiden Marktseiten beziehen, woraus sich dann ein Votum für die extensive Auslegung ergeben würde.

Was der Bundesgerichtshof gemeint hatte, blieb zweifelhaft; die Entscheidung wurde daher auch verschieden ausgelegt und Vertreter beider Ansichten zogen sie zur Stützung ihrer Ansicht an. Besonders Fikentscher²¹⁾ hat die Entscheidung im extensiven Sinne ausgelegt; eine Rechtfertigung dafür kann vor allem in der mehrfachen Bezugnahme des Urteils auf die Begründung zum Entwurf²²⁾ gesehen werden, wo wohl die extensive Auslegung vertreten wird; dagegen meinte Krahe²³⁾, der Bundesgerichtshof habe in dieser Entscheidung gar keine Veranlassung gehabt, zu dieser Streitfrage Stellung zu nehmen. Der Bundesgerichtshof hat jedoch in einer neueren Entscheidung das frühere Urteil ausgelegt und ausgeführt, entscheidend für die Frage, ob ein Vertrag § 1 GWB unterstellt sei, sei, ob der Inhalt des Vertrages eine wettbewerbliche Bindung enthalte.²⁴⁾

Dagegen fehlt eine eindeutige Stellungnahme des Bundeskartellamtes zu der Frage; zunächst glaubte man nach den Hinweisen im Jahresbericht 1959²⁵⁾ und den Äußerungen einzelner Beamte²⁶⁾ annehmen zu dürfen, das Bundeskartellamt vertrete die extensive Auslegung²⁷⁾; im Jahresbericht 1960 wird aber demgegenüber ausgeführt,²⁸⁾ die freiwilligen Handelsketten unterlägen nicht dem § 1 GWB, da sie keine Verpflichtung - hier zu ausschließlichem Warenbezug bei einer Handelskette - der Beteiligten enthielten; andererseits hat das Amt die Verpflichtung zur Führung von Preislisten als unzulässig angesehen, sofern sie nicht in der betreffenden Branche aus kaufmännischen bzw. betriebsorganisatorischen Gründen notwendig und üblich sei, weil in dieser Verpflichtung eine Erschwerung der individuellen Preisbildung zu sehen sei.²⁹⁾ Damit stellt das Amt wieder auf die Auswirkungen ab, so daß hier eine feste Meinung nicht zu ermitteln ist.

²¹⁾ Fikentscher Anm. aaO; ebenso: FAZ, Blick durch die Wirtschaft vom 3. 2. 1960, Kartellumschau; H. Lutz aaO.

²²⁾ Begründung zu § 1 Anm. 3c.

²³⁾ Krahe, Empfehlungsverbot, WuW 1960/477 (479).

²⁴⁾ BGH/DB 1963/337.

²⁵⁾ Jahresbericht 1959, S. 15.

²⁶⁾ Ewald, Praxis aaO unter Aufgabe der früheren Ansicht in WuW 1957/253 (Einkaufsgenossenschaft)

²⁷⁾ FAZ Kartellumschau aaO.

²⁸⁾ Jahresbericht 1960, S. 17.

²⁹⁾ WuWE/BKA 99 f.

bb)

Bei der Untersuchung dieser Streitfrage ist zunächst zu prüfen, ob sich aus dem Wortlaut und dem Satzbau Anhaltspunkte für eine Lösung ergeben. Die Mehrheit der Autoren ist der Ansicht, daß das Wort "geeignet" sich nur auf "Marktbeeinflussung" beziehe und ein Vertrag nur durch Wettbewerbsbeschränkung die Marktverhältnisse beeinflussen könne, wenn die Wettbewerbsbeschränkung Vertragsinhalt sei.³⁰⁾

Der Wortlaut zwingt jedoch keineswegs zu dieser Auslegung. Die Vorschrift läßt sich vielmehr auch so lesen: "ein Vertrag, der eine Wettbewerbsbeschränkung hervorruft und dadurch seine Eignung zur Marktbeeinflussung erweist"³¹⁾. Welcher der beiden Lesarten der Vorzug zu geben ist, läßt sich weder aus Satzstellung, noch aus Wortwahl entnehmen; beide Ansichten lassen sich zwanglos aus dem Wortlaut des Gesetzes entnehmen.³²⁾

Da somit aus dem Wortlaut der Vorschrift keine sicheren Schlüsse gezogen werden können, fragt es sich, ob sich aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes etwas für die Frage entnehmen läßt.

In der Begründung zum Entwurf eines GWB³³⁾ findet sich folgende Stellungnahme: " § 1 stellt darauf ab, ob Rechtsgeschäfte geeignet sind, den Wettbewerb zu beschränken. Auf ein subjektives Merkmal, etwa derart, daß die Beteiligten die Wettbewerbsbeschränkung beabsichtigen oder mindestens kennen, verzichtet das Gesetz. Folglich ist für die Unwirksamkeit der Rechtsgeschäfte des § 1 GWB die objektive Eignung maßgebend, nicht die subjektive Einstellung der Beteiligten. "

Auf Grund dieser Erläuterung des § 1 EGWB kam es zu einer lebhaften Erörterung der Frage, ob die Einkaufsgenossenschaften ohne Bezugszwang, - hierbei handelt es sich wie auch beim open-price-System - um Verträge ohne wettbewerbsbeschränkenden Inhalt, aber mit regelmäßig auftretenden wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen -, unter § 1 GWB fallen würden.

Als diese Frage von einigen Autoren zumindest vom Standpunkt der Erläuterung des Entwurfs zutreffend bejaht wurde,³⁴⁾ wandten sich die Spitzenverbände der Genossenschaften an den wirtschaftspolitischen Ausschuß des Bundestages und verlangten, dem § 1 EGWB einen Absatz III anzufügen, durch den die Einkaufsgenossenschaften ohne Bezugszwang von der Regelung des § 1 GWB ausgenommen werden sollten.

³⁰⁾Sölter, Nachfragemacht S. 38; Pinder, S. 574; Frankfurter Komm., § 1, Tz 29.

³¹⁾Gleichmann aaO.

³²⁾A. A. Fikentscher, Nachfragemacht WuW 1960/681 (681), der meint, der Wortlaut spreche für die extensive Auslegung.

³³⁾Begründung zu § 1, Anm. 3e.

³⁴⁾Besonders Benisch, Isay-Festschrift, S. 256 f.

In einer Stellungnahme zu diesem Ersuchen hat der wirtschafts-politische Ausschuß folgendes ausgeführt ³⁵⁾ : "Ein Zusammenschluß mehrerer selbständiger Unternehmen, der keine Kartellzwecke verfolgt, d. h. nach seinem Gründungsvertrag nicht die Marktverhältnisse durch Beschränkung des Wettbewerbs zu beeinflussen geeignet ist, unterliegt nicht dem Verbot des § 1 GWB." Damit spricht die Entstehungsgeschichte gegen die extensive Auslegung der Vorschrift; daraus ergibt sich zwar ein wichtiger Hinweis, keinesfalls aber eine Bindung für die Auslegung.

Weitere Anhaltspunkte könnten sich aus einer rechtsvergleichen-den Betrachtung des § 65 des Montan-Union-Vertrages ergeben, da diese Vorschrift eine gewisse Ähnlichkeit mit § 1 GWB aufweist. Die Vorschrift lautet:

Verboten sind alle Vereinbarungen zwischen Unternehmen, alle Beschlüsse von Verbänden von Unternehmen und alle vereinbarten Praktiken, die darauf abzielen würden, auf dem gemeinsamen Markt direkt oder indirekt den normalen Wettbewerb zu verhindern, einzuschränken oder zu verfälschen.

Für diese Vorschrift ist jedoch ebenso wie für § 1 GWB umstritten, ob die Wettbewerbsbeschränkung Inhalt des Vertrages oder der vereinbarten Praktik sein muß oder ob lediglich wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen genügen.

In der Diskussion dazu haben sich keine neuen Gesichtspunkte ergeben, die für die Lösung nützlich wären.³⁶⁾

Demnach kommt es entscheidend darauf an, welche der vorgeschlagenen Lösungsmöglichkeiten am besten dem Zwecke des Gesetzes entspricht.

Wie bereits oben erörtert, kann man davon ausgehen, daß der Gesetzeszweck hauptsächlich in der Herstellung einer funktionierenden Wettbewerbswirtschaft zu sehen ist. Das ergibt sich vor allem daraus, daß das Leitbild bei der Konzeption des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen das Modell der vollkommenen Konkurrenz war, bei dem dem Individualschutz keine Beachtung geschenkt wird, sondern das alleinige Ziel eine funktionierende Wettbewerbswirtschaft ist.

Diese Konzeption des Gesetzes, die von dem Ideal einer möglichst großen Zahl von Marktteilnehmern ausgeht, würde eine extensive Auslegung des § 1 GWB rechtfertigen, um möglichst diesem Ideal

³⁵⁾ Bericht des Wipol. Ausschuß zu § 1.

³⁶⁾ Für extensive Auslegung, Krawilicki, S. 21, Bayer, Rabels - Z. 1952/359; dagegen Isay, S. 585.

nahezukommen und zahlreiche unabhängige Marktteilnehmer zu erhalten, deren Zahl sowohl durch rechtliche, als auch tatsächliche Einengungen der Entscheidungsfreiheit verringert werden kann.³⁷⁾

Die vom Zweck des Gesetzes her wünschenswerte extensive Auslegung kann jedoch nur dann richtig sein, wenn es sich bei der rechtlichen und tatsächlichen Beschränkung der Entscheidungsfreiheit überhaupt um vergleichbare Tatbestände handelt, wenn eine Gleichbehandlung durchführbar ist und wenn dadurch die Rechtssicherheit nicht gefährdet wird.

Beim Kartellvertrag fassen die Beteiligten den Entschluß, ihre Entscheidungsfreiheit hinsichtlich ihres Marktvorgehens einzuschränken; dieser Entschluß wird im Vertrag rechtlich fixiert. Nach Vertragsschluß kommt es nicht mehr darauf an, ob die Beteiligten weiterhin den einmal getroffenen Entschluß billigen: Der Vertrag bindet ihren Willen.

Bei den nicht wettbewerbsbeschränkenden Verträgen wird vorab ein Vertrag geschlossen, der das freie Marktvorgehen nicht einengt; als Folge dieses Vertrages kommt es bei den Beteiligten aber zu Beschränkungen oder Beeinflussungen der Entscheidungsfreiheit auf diesem Gebiet; jeder kann jedoch, sofern er ein völlig selbständiges Marktvverhalten infolge veränderter Umstände für richtiger hält, seine Bindung wieder lösen und selbständig entscheiden. Die tatsächliche Einengung der Entscheidungsfreiheit ist daher ihrer Natur nach ein labiler Zustand, wenngleich die Bindung oft tatsächlich lange bestehen mag: Jeder wird sich aber nur so lange mit der Einengung seiner Entscheidungsfreiheit zufriedengeben, als es ihm wirtschaftlich vorteilhaft erscheint.

Doch ist zu erwägen, daß auch ein Kartell nur so lange besteht, als es den Mitgliedern wirtschaftlich vorteilhaft erscheint; entfällt dieser Vorteil, wird es umgehend gekündigt.

Auf jeden Fall ist aber die negative Einflußnahme auf die Entscheidungsfreiheit im zweiten Falle nicht so stark: Die Beteiligten können jederzeit wieder völlig selbständige Entscheidungen treffen.

Aber dieser Unterschied erscheint nicht entscheidend.

Die entscheidenden Einwände gegen eine extensive Auslegung kommen vielmehr von einer anderen Seite. Aus den oben durchgeführten Untersuchungen ergibt sich zwar, daß Verträge ohne wettbewerbsbeschränkenden Inhalt zwar häufig die Entscheidung eines Unternehmers in einem bestimmten Sinne beeinflussen können. Im Ge-

³⁷⁾ Dazu Gabriel, der ausführt, daß die Zahl der Teilnehmer auf einem Markt, von der die Sicherung und Funktionsfähigkeit des Marktes abhängt, nicht ohne Grund reduziert werden dürfe. S. 248.

gensatz zu den Fällen, bei denen eine rechtliche Beschränkung des Marktvorgehens vorliegt, ist jedoch auch die durch die Auswirkungen des Vertrages beeinflusste Entscheidung noch eine eigene Entscheidung des Unternehmers; ein Verzicht auf eine selbständige Handhabung des Marktvorgehens liegt nicht vor.

Eine Einbeziehung solcher Verträge in den Wirkungsbereich des § 1 GWB wäre daher nur dann möglich und sinnvoll, wenn sich eine Gleichbehandlung vom Ergebnis her rechtfertigen ließe: Bei massiven Beeinflussungen der Entscheidung ist das Ergebnis das gleiche, wie wenn der, der eigentlich die Entscheidung treffen sollte, gleich eine fremde Entscheidung übernimmt.

Eine solche Gleichbehandlung ist aber praktisch nicht durchführbar. Der Vorgang der Entscheidungsbildung spielt sich im Innern des Menschen ab; es besteht daher keine Möglichkeit, festzustellen, ob eine leichte oder massive Beeinflussung der Entscheidung vorliegt oder ob überhaupt ganz auf eine selbständige Entscheidung verzichtet wurde. Wenn ein Unternehmer die gleichen Preise wie ein anderer, am selben open-price-System beteiligter Unternehmer erlangt, so kann das völlig verschiedene Gründe haben. Es kann eine unabhängige Kalkulation vorliegen, die zum gleichen Ergebnis führt; es kann eine leichte Korrektur der eigenen Kalkulation im Hinblick auf die Preise des anderen vorliegen; es kann aber auch überhaupt keine Kalkulation vorliegen und ein einfaches Übernehmen der Preise des Mitbewerbers. Dem gleichen äußeren Verhalten eines Wettbewerbers kann also eine Beschränkung der Entscheidungsfreiheit, eine Beeinflussung der Entscheidung oder aber eine freie Entscheidung zu Grunde liegen.

Für eine Gleichbehandlung massiver Beeinflussungen mit vertraglich vereinbarten Beschränkungen wäre aber vor allem erforderlich, festzustellen, welcher Tatbestand im einzelnen vorliegt. Denn es versteht sich, daß nicht jeder Vertrag mehrerer Unternehmen deshalb, weil vermutlich eine Beeinflussung nicht feststellbarer Stärke von ihm ausgeht, nichtig sein kann. Eine solche Feststellung ist aber nicht möglich. Auch äußere Gleichförmigkeit in Preisen und Daten ist eben kein geeignetes Mittel, um eine tatsächliche "Wettbewerbsbeschränkung" festzustellen.

Es ergibt sich somit zunächst, daß es nicht möglich ist, die tatsächlichen Beeinflussungen der Entscheidungsfreiheit festzustellen und einzuteilen.

Daher würde die extensive Auslegung bei der gegebenen Sachlage gegen das Prinzip der Rechtssicherheit verstoßen, da mit hinreichender Sicherheit feststellbar sein muß, ob über einen Vertrag ein so schwerwiegendes Urteil wie ein Nichtigkeitsausspruch gefällt werden kann; das ist hier nicht der Fall.

Darüberhinaus ergibt sich eine weitere Schwierigkeit, die die Bedenken gegen die extensive Auslegung verstärkt.

Erfahrungsgemäß ist es häufig so, daß nur ein Teil der an einem Vertrag, wie etwa einem open-price-Vertrag Beteiligten sich in seinen Entscheidungen beeinflussen oder beschränken läßt: Eine große Firma wird häufig ihre Preise ohne Rücksicht auf die Preise der Mitbewerber kalkulieren und festsetzen. Das im Gegensatz zum Kartellvertrag, durch den alle Beteiligten gleichmäßig beschränkt werden. Wie sollte man aber hier verfahren, um eine Wettbewerbsbeschränkung festzustellen? Man könnte verlangen, daß bei allen Beteiligten die Beeinflussung oder Beschränkung vorliegt, aber auch wenn nur die Hälfte der Vertragsbeteiligten in ihren Entscheidungen beeinflußt wäre, läge bei diesen schon eine Einengung der Entscheidungsfreiheit vor. Auch in dieser Hinsicht fehlen also geeignete Kriterien zur Umgrenzung der tatsächlichen "Wettbewerbsbeschränkung".

Man kann dem auch nicht entgegenhalten, daß es sicher Fälle gibt, in denen die durch den Vertrag ausgeübte Beeinflussung der Entscheidungsfreiheit eindeutig festzustellen ist. Die Möglichkeit, im Einzelfall klar festzustellen, ob eine Beeinflussung vorliegt, kann nicht darüber hinweghelfen, daß in der Mehrzahl der Fälle eine solche Feststellung nicht möglich ist. Eine generelle Regelung muß jedoch für alle denkbaren Fälle brauchbar sein.

Diese Schwierigkeiten bei der Feststellung der tatsächlichen Wettbewerbsbeschränkung würden jedoch überwunden, wenn man das Wort "geeignet" sowohl auf "Wettbewerbsbeschränkung" als auch auf "Marktbeeinflussung" bezieht und den § 1 GWB liest:

"Verträge, die geeignet sind, zunächst eine Wettbewerbsbeschränkung und dadurch eine Marktbeeinflussung hervorzurufen".³⁸⁾

Diese Auslegung ist jedoch abzulehnen.

Bereits der Wortlaut der Vorschrift spricht dagegen, denn es erscheint nicht möglich, das Wort "geeignet" sowohl auf "Marktbeeinflussung" als auch auf "Wettbewerbsbeschränkung" zu beziehen.

Darüberhinaus kann die bloße Eignung eines Vertrages, eine Wettbewerbsbeschränkung hervorzurufen, nicht für die Erfüllung des Tatbestandes des § 1 GWB ausreichen; die Wettbewerbsbeschränkung muß vielmehr tatsächlich vorliegen, denn eine nur im Wege der Prognose ermittelte Wettbewerbsbeschränkung wäre kein hinreichendes Kriterium für die Unwirksamkeit eines Vertrages. Es ist nicht möglich, einen Vertrag für unwirksam zu erklären, nur weil ein gewisser Verdacht besteht, er könne zu einer Wettbewerbsbeschränkung führen.

³⁸⁾ So Benisch, Isay-Festschrift, S. 254 (aufgegeben).

Dem widerspricht auch nicht, daß andererseits die Eignung des Vertrages, die Marktverhältnisse zu beeinflussen, bereits den Tatbestand des § 1 GWB erfüllt; liegt erst einmal eine Wettbewerbsbeschränkung vor, so müssen schon besondere Umstände, - etwa nur wenige Vertragsteilnehmer -, gegeben sein, wenn die Eignung nicht zu bejahen sein soll.

Aus den dargelegten Gründen ist es daher die vielleicht wünschenswerte extensive Auslegung,³⁹⁾ durch die auch die Zusammenfassungen ohne Bezugszwang auf der Nachfrageseite erfaßt werden könnten, nicht durchführbar.

III. Ergebnis.

1. Als Ergebnis läßt sich demnach festhalten, daß das open-price-System, - abgesehen von den oben dargestellten Ausnahmen -, nicht gegen § 1 GWB verstößt, da die open-price-Verträge in ihrer Normalform keine Wettbewerbsbeschränkungen enthalten, während Verträge, die wie die open-price-Verträge lediglich wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen haben, von § 1 GWB nicht erfaßt werden.

2. Dieses Ergebnis wird auch ganz allgemein im Schrifttum vertreten.⁴⁰⁾ Teilweise werden jedoch zur Begründung abweichende Ansichten vorgetragen.

³⁹⁾ Um die extensive Auslegung zu retten, schlägt Fikentscher die Einfügung eines subjektiven Moments vor. Nach seiner Ansicht fällt ein Vertrag dann unter § 1 GWB, wenn er wettbewerbsbeschränkende Wirkungen aufweist und die Parteien den Vertrag zum Zwecke der Wettbewerbsbeschränkung geschlossen haben, ohne Rücksicht darauf, ob dieser Zweck Vertragsinhalt oder beiderseitiges Motiv sei. (Nachfragemacht, S. 681).

Einer Auseinandersetzung mit dieser Ansicht bedarf es jedoch nicht, da Fikentscher weiter ausführt (aaO), § 1 GWB greife aber nicht ein, wenn die Wettbewerbsbeschränkung sich nur als Nebenfolge des Vertrages darstelle, was dann der Fall sei, wenn eine wettbewerbsfördernde Handlung eines Vertragspartners den übrigen gleichgültig sei. Dieser Ausnahmefall ist jedenfalls beim open-price-System gegeben.

⁴⁰⁾ Behrens, das ops, S. 111; Deringer, Rationalisierungskartelle WuW 1958/3 (8); Dörinkel, WuW 1960/593 (600); Frankfurter Komm., Einleitung C, Tz 122; v. Gamm, WRP 1960/87 (91); Krahe, Empfehlungsverbot S. 481; ders. Preismeldesysteme, WuW 1961/464 (465); Langen § 1 Anm. III. 1; Menze, Diskussion, S. 341; Müller-Griß, § 38 Anm. 35; Müller-Henneberg in Gem.-Komm. § 1 Anm. 31; Menze, ops, S. 102 f; Rautenberg, S. 2238; Rinck, S. 341; Seydel, WRP 1957/254; Würdinger, Kartellrechtliche Beurteilung, WuW 1958/503 (509); ebenso: Begründung zum Entwurf eines GWB § 1 Ziff. 6.

So wird ausgeführt, das open-price-System könne schon deshalb nicht gegen das GWB verstoßen, weil es durchgeführt werde, um die Transparenz des Marktes zu erhöhen.⁴¹⁾ Darüberhinaus sei das Verfahren notwendig, um den von der Bundesregierung gesetzten preispolitischen Zielsetzungen entsprechen zu können.⁴²⁾ Selbst wenn das Verfahren zu einem gleichförmigen Verhalten führe, könne das nicht beanstandet werden, da die Information das Wissen des Adressaten zu dem Zweck bereichere, die dem Adressaten fehlende Erfahrung zu ergänzen.⁴³⁾

Alle diese Ansichten laufen letztlich auf die Annahme eines Rechtfertigungsgrundes für das open-price-System, ähnlich der rule of reason des US-Rechts hinaus:

Eine Wettbewerbsbeschränkung solle dann nicht verfolgt werden, wenn wirtschaftliche Vernunft und der Sinn des Gesetzes eine vom Wortsinne abweichende Auslegung des Gesetzes gebieten.⁴⁴⁾ Diese Begründungen erscheinen jedoch bedenklich.

Abgesehen davon, daß eine Rechtfertigung des Informationsverfahrens nicht erforderlich scheint, erheben sich Bedenken gegen eine Anwendung der rule of reason im GWB, denn es finden sich dafür keine Anhaltspunkte im Gesetz; demgemäß wird die Anwendbarkeit dieses Rechtfertigungsgrundes auch allgemein abgelehnt.⁴⁵⁾

Darüberhinaus erscheint es fraglich, ob das open-price-System überhaupt die Voraussetzungen der rule of reason erfüllt. Das open-price-System fördert nicht die Gesamtwirtschaft, sondern nur die Belange der Beteiligten, da es in aller Regel nur einer Marktseite Informationen verschafft. In der Herstellung dieser beschränkten Markttransparenz kann aber keinesfalls ein Rechtfertigungsgrund für das Verfahren gesehen werden, da die beschränkte Markttransparenz der einen Marktseite ein Übergewicht über die andere gibt.⁴⁶⁾

Das Problem der rule of reason könnte daher nur Bedeutung für das Informationsverfahren erlangen, wenn wirkliche Markttransparenz hergestellt würde. Dieser Fall kommt aber in Deutschland nicht vor; anders in den Vereinigten Staaten, wo sich gezeigt hat, daß diese Art der wirklichen Information durchaus praktikabel ist.

⁴¹⁾Rautenberg aaO; Menze, ops und Diskussion aaO.

⁴²⁾Sölter, Preisdisziplin, S. 501.

⁴³⁾Würdinger, Kartellrechtliche Beurteilung aaO.

⁴⁴⁾Müller-Henneberg in Gem.-Komm. § 1 Anm. 25.

⁴⁵⁾Fikentscher, Anm., S. 368.

⁴⁶⁾Griesbach, S. 1623; ähnlich Rinck, S. 108; a.A. Menze, Diskussion, der meint, unvollkommene Markttransparenz sei besser als gar keine. S. 344.

3. Während sich die Gerichte in Deutschland bisher noch nicht zu der Frage der Zulässigkeit des open-price-Systems geäußert haben, hat das Bundeskartellamt nach anfangs kritischer Stellungnahme⁴⁷⁾ ebenfalls die Zulässigkeit des Verfahrens anerkannt, unter der Voraussetzung, daß die Beteiligten bei der praktischen Anwendung jeden Druck vermeiden und hierbei besonders das Recht der Unternehmer auf freie Preisbildung in keiner Weise einschränken.⁴⁸⁾

Im einzelnen ist folgender open-price-Vertrag als mit dem GWB vereinbar angesehen worden:⁴⁹⁾

Die Meldestelle verpflichtet sich, periodische Statistiken über die Marktlage zu erstellen und die Mitglieder hierüber zu unterrichten.

Die Mitglieder verpflichten sich:

Ständig Preislisten zu führen, aus denen sämtliche Preise, Rabatte und Konditionen ersichtlich sind.

Der Meldestelle die jeweils geltenden Preislisten unverzüglich nach Inkrafttreten derselben bekanntzugeben.

Der Meldestelle Abweichungen von den Preislisten im Einzelfall unverzüglich nach Geschäftsschluß zu melden.

Der Meldestelle laufend und vollständig Kopien aller Auftragsbestätigungen, deren etwaige spätere Änderungen und Rechnungen zu übersenden.

Der Meldestelle bei vorhandenen Unklarheiten die notwendigen Auskünfte zu erteilen.

Abnehmer oder Mitbewerber nicht durch wahrheitswidrige Rechnungserteilung zu täuschen.

Insoweit stimmt demnach das hier vertretene Ergebnis mit der Praxis des Bundeskartellamtes überein.

Allerdings macht das Amt eine Einschränkung, indem es gegen die zumindest stillschweigend in allen open-price-Verträgen enthaltene Verpflichtung zur Führung von Preislisten nur dann keine Einwendungen erhebt, wenn die Führung in der betreffenden Branche aus kaufmännischen bzw. betriebsorganisatorischen Gründen notwendig und üblich ist.⁵⁰⁾

⁴⁷⁾Jahresbericht 1958, S. 39.

⁴⁸⁾BKA, BB 1961/156.

⁴⁹⁾BKA im Rundbrief des Bundesverbandes der deutschen Industrie v. 7. 2. 1961, S. 1; Bundesanzeiger Nr. 21 v. 31. 1. 1961.

⁵⁰⁾WuW/E/BKA 99 f (Wettbewerbsregeln des Kohleneinzelhandels).

Diese Einschränkung erscheint jedoch nicht gerechtfertigt. Da - wie dargelegt - die Verpflichtung zur Führung von Preislisten keine Beschränkung selbständigen Marktvorgehens ist, die unmittelbar geeignet erscheint, die Marktverhältnisse zu beeinflussen, ließe sich die Einschränkung nur begründen, wenn man der extensiven Auslegung des § 1 GWB folgen würde, die aber abzulehnen ist.

Ferner hält das Amt folgende Durchführungsmodalitäten des Verfahrens für unzulässig:⁵¹⁾ Festhalten an den gemeldeten Preisen; Wartefristen;⁵²⁾ Mitteilung anderer Daten als solcher, die abgeschlossene Geschäfte betreffen;⁵²⁾ eine andere als auf Zusammenstellung reiner Marktstatistik gerichtete Tätigkeit der Meldestelle;⁵²⁾ Einflußnahme auf die Preisbildung durch Auswahl und Zusammenfassung der Meldungen, besonders in Durchschnittswerten;⁵²⁾ Mitteilung von Einzelheiten an die Beteiligten;⁵³⁾ Auskünfte über Meldungen von Beteiligten zu anderen Zwecken als zur Vermeidung von Ausspielungen;⁵⁴⁾ andere als anonyme Mitteilung der Auskünfte.⁵⁴⁾

Soweit das Amt das Festhalten an den gemeldeten Preisen und Wartefristen für unzulässig ansieht, stimmt die vorliegende Darstellung damit überein. Die übrigen Einschränkungen lassen sich dagegen nach der hier vorgetragenen Ansicht zumindest nicht auf § 1 GWB stützen.

Eine Auseinandersetzung mit der Ansicht des Amtes ist jedoch nicht möglich, da anzunehmen ist, daß diese Entscheidungen nicht auf § 1 GWB, sondern auf § 38 II 2 GWB gestützt werden.

§ 14: Der Mißbrauch des open-price-Systems.

I. Abschließend ist auf die Frage nach der Bedeutung und rechtlichen Beurteilung des Mißbrauches des Informationsverfahrens zur Einleitung und Durchführung wettbewerbsbeschränkender Maßnahmen einzugehen.

II. Die tatsächlichen Verhältnisse.

1. Praktische Fälle, daß ein open-price-Vertrag zur Durchführung wettbewerbsbeschränkender Maßnahmen benutzt wurde, sind in Deutschland bisher nicht bekanntgeworden.

Dagegen weist Withney¹⁾ darauf hin, daß eine größere Anzahl der von ihm in den USA untersuchten open-price-Verträge nur der Ausübung von Marktkontrolle diene.

⁵¹⁾ Zusammenstellung nach Rundbrief des BDI S. 2.

⁵²⁾ Jahresbericht des BKA 1959, S. 16.

⁵³⁾ WuW/E BKA 201.

⁵⁴⁾ Unveröffentlichte Stellungnahmen einzelner Mitglieder der 2. Beschlußabteilung, mitgeteilt in Rundbrief des BDI, S. 4.

¹⁾ Withney, S. 60.

Das open-price-System ist aber sicher ein hervorragendes Mittel, geheime Preisabsprachen einzuleiten und durchzuführen sowie unzulässigen Druck zu bestimmter Preisgestaltung auf einzelne Mitglieder auszuüben, da es einen organisatorischen Rahmen schafft, der leicht anderen Zwecken als der Preisinformation nutzbar gemacht werden kann.²⁾

2. Daneben weist Heath besonders auf die Möglichkeit hin, daß ein open-price-System die Beteiligten durch die damit verbundene Herstellung enger Beziehungen überhaupt erst dazu verleitet, ungesetzliche Maßnahmen zu treffen.³⁾ Die Leichtigkeit, mit der ein zusammenspielendes Arrangement aus einem Austausch von Informationen entstehen könne, sei erschreckend.

Tatsächlich sind die genaue Kenntnis aller Daten, die regelmäßige Zusammenarbeit Faktoren, die in dieser Hinsicht wirken können. In diesem Zusammenhang bedürfen die in zahlreichen open-price-Verträgen vorgesehenen regelmäßigen Zusammenkünfte der Vertragsbeteiligten (meetings) zur Durchführung mündlicher Aussprachen über Probleme im Zusammenhang mit dem open-price-Vertrag und zum Austausch von Informationen besonderer Beachtung, da hier durch den persönlichen Kontakt die Gefahr besonders nahe liegt, daß Preise und Konditionen in gewisser Weise abgestimmt werden.

Wie es bei derartigen Besprechungen zugehen kann und wohl auch gelegentlich zugeht, hat bereits Eddy in anschaulicher Weise geschildert.⁴⁾ Er stellt eine derartige Zusammenkunft so dar, daß die einzelnen Teilnehmer einzeln aufstehen und eine Erklärung abgeben, die etwa lautet: "Mein Preis ist so und so", mit dem Ergebnis, daß nach der Zusammenkunft alle Preise übereinstimmten. Eddy selbst schlug als Abhilfe dagegen vor, daß die Teilnehmer statt dessen sagen sollten, "ich habe in der Vergangenheit das und das getan", aber es erscheint wenig wahrscheinlich, daß auf diese Weise eine Besserung zu erreichen wäre.

Ob das Informationsverfahren tatsächlich zu Preisabstimmungen führt, hängt weitgehend von den Umständen des Einzelfalles ab, vor allem von der Arbeit der Treuhandstelle; bei korrekter Arbeit der Treuhandstelle werden die geschilderten Auswirkungen selten bleiben

²⁾Siehe dazu: Bericht des Leiters der brit. Kartellreg.-Behörde, S. 3 Ziff. 11 und S. 4, Ziff. 13.

³⁾Heath, S. 481.

⁴⁾Eddy, S. 120, 121, zit. nach Behrens, Zulässigkeit, S. 59.

III. Rechtliche Würdigung.

1. Werden die Mitglieder eines open-price-Vertrages durch Zwang oder Vorteilsanbietung dazu veranlaßt, bestimmte, mitgeteilte Preise zu übernehmen, so ergibt sich das Verbot derartiger Maßnahmen direkt aus § 25 GWB⁵⁾: Danach dürfen Unternehmen oder Unternehmensverbände anderen Unternehmen keine Vorteile versprechen oder Nachteile androhen, um sie zu einem Verhalten zu veranlassen, das nach dem GWB verboten ist (Preisabsprache). Einer Heranziehung des § 1 GWB bedarf es daher nicht.

2. Kommt es dagegen unter den Mitgliedern eines open-price-Vertrages zu einer Preisabsprache oder zu anderen wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen, so sind diese gemäß § 1 GWB unwirksam.

Wenig geklärt ist dagegen die Frage, ob in solchen Fällen auch der open-price-Vertrag, der die Beteiligten erst zu der wettbewerbsbeschränkenden Abrede geneigt gemacht hat oder der als organisatorischer Rahmen benutzt wurde, wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen durchzuführen, als gesetzeswidrig anzusehen ist.

Soweit open-price-Verträge die Mitglieder zur Durchführung von Preisabsprachen veranlassen können, sind keine Möglichkeiten eines Einschreitens ersichtlich. Das gilt auch dann, wenn es bereits zu Preisabsprachen unter dem Einfluß des open-price-Vertrages gekommen ist. Denn für das Verbot eines an sich erlaubten Rechtsgeschäfts nur deshalb, weil die Beteiligten dadurch zu gesetzeswidrigem Verhalten angeregt werden, gibt das GWB keine Handhabe. Es handelt sich dabei auch nicht um einen Fall von Umgehung, da eine Umgehung allenfalls in den getroffenen Abmachungen gesehen werden könnte, nicht aber in dem zu Grunde liegenden open-price-Vertrag. Vielmehr handelt es sich dabei um einen wettbewerblichen Gefährdungstatbestand: Die US-Rechtsprechung hat sich in diesen Fällen dadurch zu helfen versucht, daß sie gelegentlich open-price-Verträge als Indiz für conspiracy ansah.⁶⁾ Aber auch diese Möglichkeit gibt das GWB nicht: Tatbestände, die zu einer Gefährdung des freien Wettbewerbs führen können, entziehen sich den Vorschriften des GWB.

Anders könnte dagegen die Rechtslage zu beurteilen sein, wenn der open-price-Vertrag zur Durchführung wettbewerbsbeschränkender Abreden benutzt wird. Zwar ist der eigentliche Unrechtstatbestand die getroffene Vereinbarung, die nach § 1 GWB unwirksam ist. Wird der open-price-Vertrag jedoch als Instrument zur Durchführung einer verbotenen Abrede benutzt, etwa indem die Treuhandstelle die Einleitung und Durchführung der wettbewerbsbeschränkenden Abreden übernimmt, wird man open-price-Vertrag und wettbewerbsbeschränkende Abrede als Einheit betrachten können,⁷⁾ so daß auch der open-price-Vertrag gem. §§ 1 GWE, 139 BGB als unwirksam anzusehen wäre.

⁵⁾Zur Auslegung des § 25 GWB: OLG Hamburg/BB 1960/607.

⁶⁾Withney, S. 65.

⁷⁾Behrens, ops, S. 110.

§ 15: Schlußbemerkung.

Die Arbeit hat ergeben, daß nur einige besondere Zusatzklauseln des open-price-Systems gegen die Vorschrift des § 1 GWB verstoßen, während der Normalfall des Verfahrens von der Vorschrift nicht getroffen wird.

Damit ist aber das open-price-System keineswegs als vollkommen unbedenklich gekennzeichnet: Es ist nur festgestellt, daß es nicht gegen § 1 GWB verstößt.

Es ist festzuhalten, daß es häufig zu bedenklichen Einflüssen auf die Freiheit der Entscheidung führt, daß es oligopolistisches Verhalten hervorruft und verstärkt und daß es geeignet ist, die Beteiligten zur Vereinbarung wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen zu verleiten.

Alle diese Erscheinungen aber, so bedenklich sie teilweise sein mögen, können mit den Verbotsvorschriften des GWB nicht wirksam bekämpft werden, da die starre Verbotsgesetzgebung nicht das geeignete Mittel ist und sein kann, Auswüchse eines an sich nicht zu verurteilenden Verfahrens zu unterdrücken.

Wenn das Bundeskartellamt dennoch versucht,¹⁾ mit den gegebenen Mitteln Mißbräuche zu verhindern, indem etwa die Mitteilung von Namen der Beteiligten oder von Durchschnittspreisen untersagt wird, so sind derartige Maßnahmen vielleicht nützlich, finden aber im geltenden Recht keine Stütze.

Ein wirksames Vorgehen gegen auftretende Mißstände wäre nur auf Grund einer besonderen Mißbrauchsregelung möglich. Eine solche Regelung, die es den Kartellbehörden ermöglichen würde, eine Aufsicht über das Marktverhalten von Unternehmern auszuüben, die durch Verträge ohne wettbewerbsbeschränkenden Inhalt verbunden sind, wäre zu begrüßen.²⁾

Als abschließendes Ergebnis läßt sich festhalten, daß ein open-price-Vertrag zwar je nach Lage des Einzelfalls geeignet sein kann, auf die Marktverhältnisse Einfluß zu nehmen, daß aber die Beeinflussung, mit der Ausnahme bei den genannten Zusatzklauseln, nicht durch Wettbewerbsbeschränkung erfolgt.

¹⁾ Das BKA sieht es als wesentliche Aufgabe an, bereits dort mit seiner Tätigkeit einzusetzen, wo wettbewerbsbeschränkende bzw. verfälschende Absprachen ihren Entstehungsgrund haben können. Jahresbericht 1958, S. 11.

²⁾ Mit der Vorschrift des § 22 II GWB ist hier nicht allzuviel zu erreichen. Dazu siehe Krusche S. 93.

Lebenslauf:

Am 13. September 1935 wurde ich in Lübeck als Sohn des Dipl. Ingenieurs Dr. phil. Heinrich Maul und seiner Ehefrau Franziska, geb. Seyffer geboren.

Bis zu meinem 15. Lebensjahr lebte ich in Lübeck. Dort trat ich 1947 in das Katharineum, ein humanistisches Gymnasium, ein. 1951 zog ich mit meinen Eltern nach Karlsruhe, später nach Hannover; dort bestand ich 1955 die Reifeprüfung. Im Sommersemester 1955 begann ich an der Universität Köln das Studium der Rechtswissenschaft, das ich im Sommersemester 1957 an der Universität Mainz fortsetzte.

Im Juli 1959 bestand ich vor dem Justizprüfungsamt Mainz die 1. juristische Staatsprüfung und trat anschließend in den juristischen Vorbereitungsdienst des Landes Baden-Württemberg ein.

Zunächst ließ ich mich jedoch 1 1/2 Jahre als Gastreferendar nach Rheinland-Pfalz abordnen; während dieser Zeit war ich zugleich als Hilfsassistent an der Universität Mainz tätig.

Im Juli 1963 legte ich die zweite juristische Staatsprüfung vor dem Justizprüfungsamt in Stuttgart ab. Seit August 1963 bin ich als Gerichtsassessor beim Amtsgericht Baden-Baden beschäftigt.

Die mündliche Doktorprüfung legte ich am 26. 7. 1963 ab.

